



**UvA-DARE (Digital Academic Repository)**

**Het richtlijnvoorstel verweesde werken: een kritische beschouwing**

van Gompel, S.J.

*Published in:*

AMI : Tijdschrift voor Auteurs-, Media- & Informatierecht

[Link to publication](#)

*Citation for published version (APA):*

van Gompel, S. J. (2011). Het richtlijnvoorstel verweesde werken: een kritische beschouwing. AMI : Tijdschrift voor Auteurs-, Media- & Informatierecht, 35(6), 205-220.

**General rights**

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

**Disclaimer/Complaints regulations**

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <http://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

# Het richtlijnvoorstel verweesde werken

## Een kritische beschouwing

Op 24 mei 2011 heeft de Europese Commissie een voorstel ingediend voor een richtlijn inzake bepaalde toegestane gebruikswijzen van verweesde werken.<sup>1</sup> Hiermee beoogt de Commissie rechtszekerheid te creëren met betrekking tot het digitaliseren en online toegankelijk maken van verweesde werken door bepaalde – specifiek aangewezen – culturele organisaties. Het voorstel voorziet in een aanpak die is gebaseerd op een zorgvuldige zoektocht naar rechthebbenden en op de wederzijdse erkenning van nationale oplossingen voor verweesde werken. Dit artikel bespreekt de achtergrond en inhoud van het richtlijnvoorstel. Geconcludeerd wordt dat het zowel qua reikwijdte als qua inhoud tekort schiet. Daarnaast laat het voorstel nog veel vragen onbeantwoord.

**S.J. van Gompel**  
Dr. S.J. van Gompel is onderzoeker bij het Instituut voor Informatierecht (IViR) van de Universiteit van Amsterdam en redacteur van dit blad.

### Inleiding

Verweesde werken zijn auteursrechtelijk beschermde werken (of materiaal beschermd door naburige rechten) waarvan de rechthebbenden niet kunnen worden geïdentificeerd of opgespoord. Het feit dat de rechthebbenden van een werk onvindbaar zijn maakt het vaak onmogelijk het betreffende werk op een rechtmatige manier te gebruiken in auteursrechtelijke zin. Tenzij het gebruik is toegestaan krachtens een wettelijke beperking, dient voor het openbaar maken en verveelvoudigen van werken immers toestemming te worden verkregen van de betrokken rechthebbenden. Daar waar een rechthebbende van een werk onbekend of niet te traceren is, is sprake van marktfalen. Als een potentiële gebruiker geen toestemming kan regelen heeft hij namelijk geen andere keuze dan ofwel het werk te gebruiken en het risico te dragen van het plegen van auteursrechtinbreuk ofwel zijn intentie om het werk te gebruiken volledig te laten varen. In dit laatste geval staat de onvindbaarheid van rechthebbenden een productief en verdienstelijk gebruik van het werk in de weg.<sup>2</sup> Dit druist in tegen het algemeen belang, vooral wanneer een rechthebbende, indien wel gevonden, voor het voorgenomen gebruik toestemming zou geven.<sup>3</sup>

Ondanks dat het probleem van verweesde werken soms wordt gerelativeerd door te stellen dat de omvang van het probleem omgekeerd evenredig is met de ondernomen

zoektocht, wordt algemeen erkend dat de onvindbaarheid van rechthebbenden een groot obstakel vormt voor (massa)digitaliseringsprojecten en andere vormen van groot-schalig of kleinschalig (her)gebruik van bestaande werken. Een toenemend aantal studies wijst uit dat de hoeveelheid verweesde werken in Europa niet gering is.<sup>4</sup> Er zijn schattingen dat in Europa meer dan 3 miljoen boeken en meer dan 129.000 filmwerken verweesd zijn. En dit zijn nog voorzichtige schattingen.<sup>5</sup> De reden dat het aantal verweesde werken zo hoog ligt, is dat het vaak lastig is om vast te stellen wie de rechthebbenden zijn. Niet alleen ontbreekt het bij sommige werken aan relevante informatie over de auteur; het recht kan ook zijn overgedragen aan een derde (e.g. een producent of uitgever) of zijn overgegaan op één of meerdere erfgenamen. Het is daarom lang niet altijd te achterhalen bij wie de rechten liggen. Een bijkomend probleem is dat digitaliseringsprojecten soms worden geconfronteerd met claims van collectieve beheersorganisaties (cbo's) die – al dan niet terecht – beweren de rechthebbenden van de gedigitaliseerde werken te vertegenwoordigen. Zonder te preciseren om welke rechthebbenden van welke werken het gaat, eisen zij, onder dreiging van het invoeren van het verbodsrecht, een vergoeding voor het gebruik van deze werken. Dit heeft een enorm 'chilling effect' op de digitalisering en ontsluiting van cultureel erfgoed en heeft in de praktijk inmiddels al geleid tot het sluiten van enkele online archieven.<sup>6</sup>

1 Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake bepaalde toegestane gebruikswijzen van verweesde werken, COM (2011) 289 def., Brussel, 24 mei 2011 (hierna: het richtlijnvoorstel). Zie de tekst van het voorstel op p. 219 van dit nummer.

2 S.J. van Gompel, 'Unlocking the Potential of Pre-Existing Content: How to Address the Issue of Orphan Works in Europe?', *IIC* 2007-6, p. 669-702 (p. 678).

3 *Ibid.*, p. 671.

4 Zie o.a. JISC, 'In From The Cold: An assessment of the scope of "Orphan Works" and its impact on the delivery of services to the public', April 2009, <http://bit.ly/vJKC1n>, en A. Vuopala, 'Assessment of the Orphan works issue and Costs for Rights Clearance', European Commission, DG Information Society and Media, May 2010, <http://bit.ly/bRNO5d>.

5 Vuopala 2010, *supra*, voetnoot 4, p. 43.

6 Na een claim van Lira en Pictoright over de auteursrechten van freelance journalisten en fotografen heeft het Regionaal Archief Leiden onlangs bijvoorbeeld besloten om zijn online krantenarchief van de afgelopen zeventig jaar te sluiten. Zie *Leidsch Dagblad* 31 augustus 11, Online archief 'op zwart', <http://bit.ly/qLrWsg>.

Ook de Europese Commissie onderkent dat het probleem van verweesde werken een belemmering vormt – in het bijzonder voor het digitaliseren en online toegankelijk maken van het Europese culturele erfgoed dat is opgenomen in de collecties van bibliotheken, archieven en musea. In dit kader heeft zij een voorstel ingediend voor een richtlijn inzake bepaalde toegestane gebruikswijzen van verweesde werken.

Dit artikel bespreekt de achtergrond en inhoud van het richtlijnvoorstel. Het zal dus niet ingaan op de verschillende modellen die een oplossing of verlichting bieden voor het probleem van verweesde werken. Deze modellen zijn in de literatuur reeds uitvoerig bediscussieerd.<sup>7</sup> Het artikel bespreekt allereerst de achtergrond, de doelstelling en het toepassingsbereik van het richtlijnvoorstel. Daarna behandelt het de kernelementen van het voorstel, namelijk de gehanteerde definitie van verweesde werken, inclusief het vereiste voor een zorgvuldige zoektocht, de opslag van zoekgegevens en het einde van de status van verweesde werken, alsmede de bepalingen over het toegestane gebruik van verweesde werken. Tot slot gaat dit artikel in op de – toch wel opmerkelijke – keuze voor het door de Commissie voorgestelde model. De omzettings- en slotbepalingen (art. 8 t/m 13 van het richtlijnvoorstel) worden niet afzonderlijk geanalyseerd.<sup>8</sup>

## Achtergrond

De Europese Commissie houdt zich sinds enkele jaren bezig met het probleem van verweesde werken.<sup>9</sup> Het komt vooral aan de orde in het kader van het 'Digital Libraries' initiatief, een vlaggenschipinitiatief dat in 2005 is gelanceerd en dat als voornaamste doel heeft om het Europese

culturele erfgoed digitaal te ontsluiten.<sup>10</sup> In dit verband werd al snel geconcludeerd dat het probleem van verweesde werken één van de grootste obstakels vormt voor het creëren van een (Europese) digitale bibliotheek.<sup>11</sup> In 2006 resulteerde dit in een drietal acties. Allereerst werd een 'High Level Expert Group' opgericht, waarvan de 'Copyright Subgroup' het probleem van verweesde werken zorgvuldig in kaart bracht en analyseerde.<sup>12</sup> Daarnaast werd het Instituut voor Informatierecht verzocht in een breder kader over deze materie te adviseren in het rapport 'The Recasting of Copyright for the Knowledge Economy'.<sup>13</sup> Ten slotte riep de Commissie de lidstaten middels een aanbeveling op om de voorwaarden voor de digitalisering en online toegankelijkheid van cultureel materiaal te verbeteren door (i) regelingen te creëren om het gebruik van verweesde werken na raadpleging van de betrokken partijen te vergemakkelijken en (ii) de beschikbaarheid van lijsten van bekende verweesde werken en werken die tot het publieke domein behoren te stimuleren.<sup>14</sup> Deze aanbeveling vond steun bij de Raad, die de Commissie en de lidstaten aanspoorde betere kadervoorwaarden te scheppen voor de digitalisering en online toegankelijkheid van cultureel materiaal en maatregelen te nemen om de problematiek rondom verweesde werken op te lossen.<sup>15</sup>

Het resultaat van de aanbeveling was onbevredigend. Twee voortgangsrapporten wezen uit dat slechts enkele lidstaten gehoor hebben gegeven aan de oproep om wetgeving te introduceren om het probleem van verweesde werken aan te pakken.<sup>16</sup> De meeste lidstaten, waaronder Nederland, namen een afwachtende houding aan en anticipeerden op Europese maatregelen.<sup>17</sup> In het Groenboek 'Auteursrecht in de kenniseconomie' uit 2008 zinspeelde de Commissie daar al op door te stellen dat de grensoverschrijdende aard van het vraagstuk van verweesde werken mogelijk een gehar-

7 Zie o.a. P.B. Hugenholtz e.a., 'The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy', rapport aan de Europese Commissie, DG Interne Markt, november 2006, [http://www.ivir.nl/publications/other/IViR\\_Recast\\_Final\\_Report\\_2006.pdf](http://www.ivir.nl/publications/other/IViR_Recast_Final_Report_2006.pdf), p. 159-195; Van Gompel 2007, *supra*, voetnoot 2; M.H. Elferink & A. Ringnalda, *Digitale ontsluiting van historische archieven en verweesde werken: een inventarisatie*, Onderzoek in opdracht van het WODC (Ministerie van Justitie), Amsterdam: deLex 2009; A.Vetulani, 'The Problem of Orphan Works in the EU: An overview of legislative solutions and main actions in this field', report prepared for the European Commission, DG Information Society and Media, Unit E4: Digital Libraries and Public Sector Information, February 2008; M.M.M. van Eechoud e.a., *Harmonizing European Copyright Law: The Challenges of Better Lawmaking*, Information Law Series 19, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2009, p. 263-296; en S.J. van Gompel & P.B. Hugenholtz, 'The Orphan Works Problem: The Copyright Conundrum of Digitizing Large-Scale Audiovisual Archives, and How to Solve it', *Popular Communication* 2010-1, p. 61-71.

8 Art. 8 en 9 van het voorstel gaan over de toepassing van het voorstel ten opzichte van andere wettelijke bepalingen en de toepassing in de tijd; art. 10 en 11 bevatten een omzettingsregeling en herzieningsclausule; en art. 12 en 13 betreffen de inwerkingtreding en de adressanten van de richtlijn.

9 In de Mededeling van de Commissie aan de Raad, aan het Europees Parlement, aan het Economisch en Sociaal Comité en aan het Comité van de Regio's over bepaalde juridische aspecten in verband met cinematografische en andere audiovisuele werken, COM(2001)534 def., Brussel, 26 september 2001, p. 15, merkte de Commissie reeds op dat omroepen in belangrijke mate problemen ondervonden bij de exploitatie van hun archieven omdat zij de makers en rechthebbenden niet wisten te identificeren of op te sporen.

10 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, i2010: Digitale

Bibliotheken, COM (2005) 465 def., Brussel, 30 september 2005. Zie ook: [http://ec.europa.eu/information\\_society/activities/digital\\_libraries/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/index_en.htm).

11 Zie Commission Staff Working Document, Impact Assessment supporting the Commission Recommendation on the digitisation and online accessibility of cultural material and digital preservation, SEC (2006) 1075, Brussels, 24 August 2006, p. 35.

12 Besluit van de Commissie van 27 februari 2006 tot oprichting van een deskundigengroep op hoog niveau voor digitale bibliotheken, *PbEU* L 63/25, 4 maart 2006. Het mandaat werd verlengd bij Besluit van de Commissie van 25 maart 2009 tot oprichting van een deskundigengroep op hoog niveau voor digitale bibliotheken, *PbEU* L 82/9, 28 maart 2009. Zie ook Final report of the High Level Expert Group on Digital Libraries, 'Digital Libraries: Challenges and Recommendations for the Future', December 2009, <http://bit.ly/9c92L0>, p. 4

13 P.B. Hugenholtz e.a. 2006, *supra*, voetnoot 7, p. 159-195.

14 Art. 6(a) en (c) Aanbeveling 2006/585/EG van de Commissie van 24 augustus 2006 betreffende de digitalisering en online-toegankelijkheid van cultureel materiaal en digitale bewaring, *PbEU* L 236/28, 31 augustus 2006.

15 Conclusies van de Raad over digitalisering en onlinetoegeankelijkheid van cultureel materiaal en digitale bewaring, *PbEU* C 297/1 van 7 december 2006.

16 Zie Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, Het Europese culturele erfgoed met muisklik: Vooruitgang bij de digitalisering en online toegankelijkheid van cultureel materiaal en digitale bewaring in de EU, COM (2008) 513 def., Brussel, 11 augustus 2008, p. 6-7 en Commission Staff Working Paper accompanying the document Commission Recommendation on the digitisation and online accessibility of cultural material and digital preservation, SEC(2011) 1274 final, Brussels, 27 October 2011, p. 26-27.

17 Zie o.a. *Kamerstukken II* 2010/11, 21 501-34, nr. 155 (verslag van een schriftelijk overleg), p. 16.

moniseerde aanpak vereist.<sup>18</sup> Vervolgens kondigde zij aan een Impact Assessment uit te voeren naar het probleem van verweesde werken.<sup>19</sup> Uiteindelijk werden de plannen voor een Europese aanpak concreet. Mede onder druk van het Europees Parlement en de Raad<sup>20</sup> maakte de Commissie in 2010 bekend een richtlijn over verweesde werken voor te stellen.<sup>21</sup> Op 24 mei 2011 is dit voorstel, samen met de Impact Assessment,<sup>22</sup> gepubliceerd.

De Europese wetgever is intussen druk in de weer met het voorstel. Op 21 september 2011 heeft het Europees Economisch en Sociaal Comité advies uitgebracht<sup>23</sup> en ook het Europees Parlement en de Raad hebben zich inmiddels over het voorstel gebogen. Dit heeft geleid tot een ontwerp-resolutie<sup>24</sup> en een compromisvoorstel van het voorzitterschap.<sup>25</sup> Tot op heden is echter geen van deze documenten officieel aangenomen en er lijkt ook nog geen concrete overeenstemming over wijziging of amendering van het voorstel te bestaan. Uitgangspunt voor dit artikel blijft daarom het oorspronkelijke richtlijnvoorstel en de latere documenten worden slechts behandeld voor zover daarin nieuwe inzichten en ontwikkelingen naar boven komen.

Dat de Commissie haast wil maken met het voorstel blijkt uit de aanbeveling betreffende de digitalisering en online-toegankelijkheid van cultureel materiaal en digitale bewaring, die zij op 27 oktober 2011 aannam. De Commissie stelt daarin onder meer dat, om optimaal te functioneren, de richtlijn snel moet worden vastgesteld en goedgekeurd en correct moet worden omgezet en tenuitvoergelegd door de lidstaten.<sup>26</sup>

## Doelstelling

Voorafgaand aan een inhoudelijke bespreking van het richtlijnvoorstel is het zaak om stil te staan bij de doelstelling ervan. In grote lijnen worden de reikwijdte en inhoud van het voorstel daardoor immers mede bepaald. Volgens de toelichting is het voornaamste doel van het voorstel 'het

creëren van een rechtskader om de wettige en grensoverschrijdende online-toegang te verzekeren tot verweesde werken die opgenomen zijn in online digitale bibliotheken of in door diverse in het voorstel gespecificeerde instellingen beheerde archieven wanneer dergelijke verweesde werken uit hoofde van taken van openbaar belang van dergelijke instellingen worden gebruikt.'<sup>27</sup> De doelstelling is dus niet het bieden van een oplossing voor het probleem van verweesde werken als zodanig, maar het aanpakken van het probleem om de digitalisering en online verspreiding van culturele werken in digitale bibliotheken en archieven in Europa te bevorderen.

Dit is opmerkelijk. Hoewel het vanuit de voorgeschiedenis goed te verklaren is dat het richtlijnvoorstel zich richt op de (massa)digitalisering van het Europese culturele erfgoed is het onbegrijpelijk dat de Commissie voorstelt om het probleem op een dergelijke doelgerichte en sectorspecifieke manier aan te pakken. Het probleem van verweesde werken is namelijk een algemeen probleem dat speelt over de gehele linie van het auteursrecht. Niet alleen culturele organisaties hebben ermee te maken, maar ook commerciële entiteiten die digitale collecties opbouwen en online toegankelijk maken, zoals Google, Amazon, Yahoo en Microsoft.<sup>28</sup> Bovendien is het probleem niet beperkt tot digitaliseringsprojecten. In alle gevallen waarin een werk wordt (her)gebruikt en niet kan worden vastgesteld wie de rechthebbende is of waar deze zich bevindt hebben gebruikers met hetzelfde probleem te maken. Wanneer een verweesd werk wordt gebruikt in een nieuw werk of wordt getransformeerd tot een afgeleid werk kunnen de gevolgen van het probleem zelfs vele malen groter zijn.<sup>29</sup> Daar waar digitale bibliotheken en archieven een verweesd werk eenvoudig uit de online databanken kunnen verwijderen indien de rechthebbende later opduikt en het verdere gebruik van het werk verbiedt, is dit dikwijls onmogelijk wanneer een verweesd werk is verwerkt in of bewerkt tot een nieuw werk.<sup>30</sup> Een documentairemaker die in een archief op een belangrijk (e.g. historisch) filmfragment stuit en daarvan de rechthebbende niet weet te achterhalen zou bijvoorbeeld

18 Groenboek van de Commissie, Auteursrecht in de kenniseconomie, COM (2008) 466 def., Brussel, 16 juli 2008, p. 12.  
19 Mededeling van de Commissie, Auteursrecht in de kenniseconomie, COM (2009) 532 def., Brussel, 19 oktober 2009, p. 7.  
20 Zie European Parliament resolution of 5 May 2010 on 'Europeana - the next steps' (2009/2158(INI)), P7\_TA(2010)0129 en Conclusies van de Raad van 10 mei 2010 over Europeana: volgende stappen (2010/C 137/07), *PbEU* C 137/19, 27 mei 2010.  
21 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, Een digitale agenda voor Europa, COM (2010) 245 def. (2), Brussel, 26 augustus 2010, p. 10-11 en 42.  
22 Commission staff working paper, Impact Assessment on the cross-border online access to orphan works accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain permitted uses of orphan works, SEC (2011) 615 final, Brussels, 24 May 2011 (hierna: Impact Assessment).  
23 Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over het Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake bepaalde toegestane gebruikswijzen van verweesde werken (rapporteur: McDonogh), INT/586, EESC/2011/1378, Brussel, 21 september 2011.  
24 European Parliament, Draft report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on certain permitted uses of orphan

works, Committee on Legal Affairs (rapporteur: Geringer de Oedenberg), *JUR-PR*(2011)472338, 27 September 2011 (hierna: ontwerp-resolutie).  
25 Council of the European Union, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain permitted uses of orphan works - Presidency compromise proposal, 2011/0136(COD), 15190/11, Brussels, 6 October 2011 (hierna: compromisvoorstel van het voorzitterschap) en Council of the European Union, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain permitted uses of orphan works - Revised Presidency compromise proposal, 2011/0136(COD), 15756/11 (with corrigendum), Brussels, 21 October 2011 (hierna: gewijzigd compromisvoorstel van het voorzitterschap).  
26 Overweging 12 en art. 6(a) Aanbeveling van de Commissie van 27 oktober 2011 betreffende de digitalisering en online-toegankelijkheid van cultureel materiaal en digitale bewaring, *PbEU* L 283/39, 29 oktober 2011.  
27 Toelichting bij het richtlijnvoorstel, p. 1.  
28 Hoewel verschillende commerciële entiteiten zich met massadigitalisering bezig houden is Google Books waarschijnlijk het bekendste voorbeeld. De Google Books settlement, waarover themanummer *AMI* 2010-2, is recentelijk afgewezen. Zie *Authors Guild et. al. v. Google, Inc.*, no. 05-8136 (S.D.N.Y. March 22, 2011).  
29 Zie Van Eechoud e.a. 2009, *supra*, voetnoot 7, p. 271-272.  
30 *Ibid.*, p. 272.

enorme schade lijden indien hij het fragment opneemt in zijn documentaire en op een later tijdstip wordt geconfronteerd met een verbodsactie door de rechthebbende.

Door de digitalisering en verspreiding van werken door culturele erfgoedinstellingen als uitgangspunt te nemen voor het richtlijnvoorstel richt de Commissie zich slechts op een specifiek en beperkt onderdeel van het probleem. Als de algemene doelstelling van de Commissie is bij te dragen aan de ontwikkeling van de kenniseconomie,<sup>31</sup> dan is het niet te verklaren – en evenmin te rechtvaardigen – waarom zij het probleem van verweesde werken niet in zijn algemeenheid aanpakt en dus ook een oplossing aandraagt voor het creatieve, educatieve en innovatieve (her)gebruik van verweesde werken. Dat zou de kenniseconomie pas echt ten goede komen. Nu lijkt het een beetje alsof de Commissie het richtlijnvoorstel vooral heeft ingediend om haar eigen project, het 'Digital Libraries' initiatief en met name de portal Europeana, niet te laten falen.<sup>32</sup> Het succes daarvan is immers mede afhankelijk van het vinden van een oplossing voor het probleem van verweesde werken.<sup>33</sup> Dit komt het voorstel niet ten goede. Het kan natuurlijk niet de bedoeling zijn dat een wetgever een geval van structureel marktfalen alleen corrigeert voor zover hij daarvan zelf last ondervindt. Structureel marktfalen vereist een algemene aanpak. Het richtlijnvoorstel zou meer onafhankelijkheid en objectiviteit uitstralen als de Commissie de kwestie niet doelgericht maar probleemgericht had benaderd.

Ondanks dit algemene bezwaar is het doel dat de Commissie met dit voorstel nastreeft, namelijk om bibliotheken en andere culturele instellingen in staat te stellen om verweesde werken te digitaliseren en online toegankelijk te maken, te omarmen. Zonder wettelijk instrument is het onmogelijk deze werken, die een belangrijk onderdeel van het Europese culturele erfgoed uitmaken, te ontsluiten voor het publiek. Door verweesde werken 'een tweede leven te geven' dient het voorstel dus een enorm cultureel en maatschappelijk belang.<sup>34</sup> Hoewel niet wordt voorzien in een regeling voor creatief (her)gebruik en het gebruik door het publiek daardoor beperkt is tot het online raadplegen en – voor zover dit door de betrokken instellingen

technisch mogelijk wordt gemaakt en is toegestaan onder een beperking van het auteursrecht – het downloaden en vervoelvoudigen van verweesde werken, biedt dit het publiek de gelegenheid om werken die anders niet of zeer moeilijk toegankelijk zijn te gebruiken voor werk, studie of onderzoek.<sup>35</sup>

## Toepassingsbereik

Door de beperkte doelstelling van het richtlijnvoorstel is het toepassingsbereik ervan evenzeer beperkt. In het voorstel wordt heel specifiek beschreven welke instellingen onder de richtlijn vallen en op welke werken binnen de collecties van deze instellingen de richtlijn van toepassing is. De begunstigden van het voorstel zijn 'voor het publiek toegankelijke bibliotheken, onderwijsinstellingen of musea alsmede archieven, instituten voor cinematografisch erfgoed en publieke omroeporganisaties' (art. 1 lid 1).<sup>36</sup> Niet voor het publiek toegankelijke bibliotheken, onderwijsinstellingen of musea vallen dus buiten het toepassingsbereik van de richtlijn. Het voorstel heeft ook geen betrekking op instituten voor audio erfgoed, maar in het compromisvoorstel van het voorzitterschap is inmiddels voorgesteld die wel onder het toepassingsbereik van de richtlijn te brengen.<sup>37</sup>

Het tweede lid van art. 1 noemt de werken waarop het richtlijnvoorstel van toepassing is. Dit zijn allereerst werken die in de vorm van een boek, dagblad, krant, tijdschrift of ander geschrift zijn gepubliceerd. Naast geschreven tekst omvat dit ook foto's, illustraties, afbeeldingen van kunst en architectuur, genoteerde muziek<sup>38</sup> en elk ander werk dat in één van bovenstaande publicatievormen is opgenomen.<sup>39</sup> Losstaande foto's en afbeeldingen vallen buiten het toepassingsbereik van de richtlijn.<sup>40</sup> De richtlijn is alleen van toepassing indien de betrokken werken deel uitmaken van de collecties van voor het publiek toegankelijke bibliotheken, onderwijsinstellingen, musea of archieven.

Een tweede en derde groep van werken die binnen het toepassingsbereik van het voorstel vallen zijn cinemato-

31 Zie Impact Assessment, p. 14, waar de Commissie opmerkt dat het algemene doel is het bijdragen aan de ontwikkeling van de kenniseconomie door 'de vijfde vrijheid' (i.e. de vrijheid van kennis) te promoten.

32 Alleen in de periode 2005-2008 is er al meer dan 100 miljoen euro aan Europese gelden geïnvesteerd in de ontwikkeling en totstandkoming van het digitale bibliothekenproject. Zie Impact Assessment, p. 23-24 (voetnoot 66). Tel daarbij op de miljoenenbedragen die de verschillende lidstaten hebben geïnvesteerd in nationale digitaliseringsprojecten (zie de Commission Staff Working Paper van 27 oktober 2011, *supra*, voetnoot 16, p. 13) en je hebt het belang dat gemoeid is met het laten slagen van het Europese digitale bibliothekenproject.

33 Dat wordt door de Commissie ten volle onderkend. Zie Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, Europeana – volgende stappen, COM (2009) 440 def., Brussel, 28 augustus 2009, p. 6: 'Een van de gebieden waarop dringend vooruitgang moet worden geboekt om de digitalisering te vergemakkelijken en inhoud via Europeana beschikbaar te stellen, betreft verweesde werken.'

34 Vgl. Comité des Sages – Reflection group on bringing Europe's cultural heritage online, 'The new Renaissance', 10 January 2011, para. 2.4.2.

35 Zie Van Gompel 2007, *supra*, voetnoot 2, p. 670.

36 Overweging 17 bepaalt dat voor de toepassing van deze richtlijn onder instituten voor cinematografisch erfgoed moet worden verstaan: organisaties die door de lidstaten zijn aangewezen voor het verzamelen, catalogiseren, behouden en restaureren van films die deel uitmaken van hun cinematografisch erfgoed.

37 Zie art. 1 lid 1 van het (gewijzigd) compromisvoorstel van het voorzitterschap, *supra*, voetnoot 25.

38 De Muziekbibliotheek van de Omroep ziet graag dat bladmuziek expliciet wordt genoemd om duidelijk te maken dat het richtlijnvoorstel hierop ook van toepassing is. Zie de reactie op de Internetconsultatie richtlijnvoorstel verweesde werken, [http://www.internetconsultatie.nl/verweesde\\_werken/reacties](http://www.internetconsultatie.nl/verweesde_werken/reacties).

39 Zie ook amendement 21 van de ontwerpresolutie van het Europees Parlement van 27 september 2011, *supra*, voetnoot 24, en art. 1 lid 3 (nieuw) van het (gewijzigd) compromisvoorstel van het voorzitterschap, *supra*, voetnoot 25.

40 Art. 11 van het richtlijnvoorstel. Zie ook de toelichting bij het richtlijnvoorstel, p. 4. In zijn advies van 21 september 2011, *supra*, voetnoot 23, adviseert het Europees Economisch en Sociaal Comité het toepassingsgebied van de richtlijn zo snel mogelijk uit te breiden tot losstaande foto's.



grafische of audiovisuele werken die zijn opgenomen in de collecties van instituten voor cinematografisch erfgoed en cinematografische, audio- of audiovisuele werken die vóór 31 december 2002 door publieke omroeporganisaties zijn geproduceerd en die zijn opgenomen in hun archieven.<sup>41</sup> Voor de toepassing van de richtlijn vallen onder deze laatste groep ook werken die op verzoek van de publieke omroepen zijn vervaardigd voor de exclusieve exploitatie ervan.<sup>42</sup> De Raad en het Europees Parlement zouden graag willen dat de richtlijn ook expliciet ziet op beschermd materiaal dat in cinematografische, audio- of audiovisuele werken is verwerkt.<sup>43</sup>

De reden dat er met betrekking tot de archieven van publieke omroepen is gekozen voor het opnemen van een einddatum is de wens, het fenomeen van verweesde werken in de toekomst aan banden te leggen.<sup>44</sup> Omroeporganisaties zijn vaak zelf producent en rechthebbende van audio- en audiovisueel materiaal. Ook kunnen zij, als exploitant, de rechten doorgaans contractueel regelen. Zij zijn dus – beter dan bibliotheken, onderwijsinstellingen, musea, archieven en instituten voor cinematografisch erfgoed – in staat de rechtensituatie te beheersen.<sup>45</sup> Waarom 31 december 2002 als einddatum is gekozen is overigens volstrekt onduidelijk. Gelet op de doelstelling van de bepaling is het in elk geval onverklaarbaar waarom een einddatum is gekozen die in het verleden ligt. Het is immers niet uitgesloten dat cinematografische, audio- of audiovisuele werken die na 2002 zijn geproduceerd ook (gedeeltelijk) verweesd kunnen zijn.

Voor alle overige instellingen is geen einddatum gesteld. Het toepassingsbereik van de richtlijn lijkt zich daarom niet alleen uit te strekken tot werken die thans deel uitmaken van hun collecties, maar ook tot werken die daarin later worden opgenomen. Dit is echter een illusie. Art. 9 lid 1 van het richtlijnvoorstel beperkt het toepassingsbereik tot werken die op de omzettingsdatum van de richtlijn worden beschermd. Daarmee lijken alle toekomstige werken van de toepassing van de richtlijn te worden uitgesloten.

Ten aanzien van de tweede en derde groep van werken die binnen het toepassingsbereik van het richtlijnvoorstel

vallen doet zich een tweetal complicaties voor. Allereerst is het onduidelijk of het voorstel ook voorziet in een regeling voor verweesde objecten van bescherming van naburige rechten. Hoewel expliciet staat vermeld dat het voorstel niet van toepassing is op fonogrammen,<sup>46</sup> blijft het in het ongewisse of omroepprogramma's, films en op fonogram of film vastgelegde uitvoeringen er ook buiten vallen. Op het eerste gezicht lijkt het alsof deze objecten niet zijn inbegrepen in het begrip 'cinematografische, audio- of audiovisuele werken'. De term 'werken' lijkt hier immers te wijzen op het auteursrechtelijk werkbegrip. Dit zou betekenen dat het voorstel het probleem van verweesde werken voor instituten voor cinematografisch erfgoed en publieke omroepen nauwelijks oplost. Zij zouden nog steeds worden geconfronteerd met onbekende en onvindbare rechthebbenden die de exploitatie van de werken in hun collecties en archieven in de weg zouden staan. Het zou echter kunnen dat de Commissie de term 'werken' hier niet hanteert in puur auteursrechtelijke zin, als zijnde onlichamelijke scheppingen, maar doelt op de stoffelijke objecten, te weten 'cinematografische, audio- of audiovisuele producties', die zijn opgenomen in de betreffende collecties.<sup>47</sup> In dat geval zouden door naburige rechten beschermde objecten mogelijk wel binnen het toepassingsbereik van het voorstel vallen, althans in zoverre zij deel uitmaken van de betreffende producties.<sup>48</sup> De Commissie dient hierover duidelijkheid te scheppen. In het compromisvoorstel van het voorzitterschap stelt de Raad expliciet voor om de richtlijn ook van toepassing te laten zijn op door naburige rechten beschermd materiaal, inclusief fonogrammen.<sup>49</sup> Ook het Europees Economisch en Sociaal Comité zou graag zien dat fonogrammen zo snel mogelijk onder het toepassingsgebied van de richtlijn komen te vallen.<sup>50</sup>

Een tweede moeilijkheid is dat de collecties van instituten voor cinematografisch erfgoed en de archieven van publieke omroepen in de praktijk niet altijd goed te scheiden zijn. Zo beheert het Instituut voor Beeld en Geluid ook de archieven van de Nederlandse publieke omroepen.<sup>51</sup> En in Frankrijk worden de producties van de Franse publieke omroepen – als gevolg van het wettelijk depotvereiste – in de collecties van het INA (*Institut National de l'Audiovisuel*)

41 Art. 1 lid 2 onder 2 en 3 van het richtlijnvoorstel.

42 Overweging 9 van het richtlijnvoorstel. Omdat deze werken geacht worden te zijn inbegrepen in de cinematografische, audio- en audiovisuele werken in de archieven van publieke omroepen lijkt de productiedatum van 31 december 2002 als einddatum voor de toepassing van de richtlijn ook te gelden voor deze werken. Het voorstel vermeldt dit echter niet uitdrukkelijk.

43 Zie art. 1 lid 3 (nieuw) van het (gewijzigd) compromisvoorstel van het voorzitterschap, *supra*, voetnoot 25, en amendement 21 van de ontwerp-resolutie van het Europees Parlement van 27 september 2011, *supra*, voetnoot 24.

44 Overweging 8 van het richtlijnvoorstel.

45 De mogelijkheid om rechthebbenden te vinden is vaak ook afhankelijk van de bijgehouden administratie van auteurscontracten. Zie Van Gompel 2007, *supra*, voetnoot 2, p. 674, over de relatie tussen overdracht van auteursrecht en het probleem van verweesde werken.

46 Art. 11 van het richtlijnvoorstel. Waar het voorstel fonogrammen categorisch lijkt uit te zonderen worden mogelijk alleen op zichzelf staande – niet door publieke omroepen geproduceerde – fonogrammen bedoeld, zoals fonogrammen (cd's, lp's, etc.) geproduceerd door de muziekindustrie. Het is anders onduidelijk hoe de term 'fonogrammen' (art. 11) zich verhoudt tot de term 'audiowerken' (art. 1 lid 2 onder 3). De Commissie heeft geluidsopnamen die

zijn opgenomen in de archieven van publieke omroepen ook expliciet meegenomen in de Impact Assessment. Zie Impact Assessment, p. 9 (voetnoot 22).

47 Vgl. J.H. Spoor, D.W.F. Verkade en D.J.G. Visser, *Auteursrecht: auteursrecht, naburige rechten en databankenrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 60-61, die ingaan op het verschil tussen het *corpus mysticum* (de onlichamelijke schepping) en het *corpus mechanicum* (het lichamelijke object).

48 Een mogelijke indicatie hiervoor is overweging 14 van het richtlijnvoorstel: 'Verweesde werken kunnen verschillende auteurs hebben of andere werken of beschermd materiaal bevatten. Deze richtlijn mag geen afbreuk doen aan de rechten van bekende of geïdentificeerde rechthebbenden'. Anderzijds spreekt art. 9 lid 1 van het richtlijnvoorstel over 'werken die [...] door de wetgeving van de lidstaten inzake auteursrecht worden beschermd' (cursivering toegevoegd).

49 Zie art. 1 lid 2 onder 2 en 3 en art. 1 lid 3 (nieuw) van het (gewijzigd) compromisvoorstel van het voorzitterschap, *supra*, voetnoot 25.

50 Zie het advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité van 21 september 2011, *supra*, voetnoot 23.

51 M. Lauwers, 'Rights Management: An Example of Practical Experience', in: S. Nikoltchev, C.J. Angelopoulos en S.J. van Gompel (red.), *Digitisation and Online Exploitation of Broadcasters' Archives*, IRIS Special, Strasbourg: European Audiovisual Observatory 2010, p. 24.

bewaard.<sup>52</sup> Betekent dit nu dat Nederlandse en Franse publieke omroepen met betrekking tot hun eigen producties geen beroep meer kunnen doen de richtlijn omdat zij geen eigen archief hebben? En kunnen Beeld en Geluid en INA met betrekking tot de producties van Nederlandse en Franse publieke omroepen wel een beroep doen op de richtlijn nu deze zich in hun collecties bevinden? En geldt dit dan ook voor producties die na 31 december 2002 door de betrokken publieke omroepen zijn geproduceerd (voor de collecties van instituten voor cinematografisch erfgoed wordt in het voorstel immers geen einddatum gesteld)? Hoewel dit niet de bedoeling van de Commissie lijkt te zijn zouden al deze vragen naar de letter van het voorstel bevestigend moeten worden beantwoord. Dit laat duidelijk zien dat een te gedetailleerde en fijnmazige formulering, die in dit geval is ingegeven door de doelgerichte en sectorspecifieke aanpak van de Commissie, nogal wat ongewenste juridische gevolgen met zich mee kan brengen.

Ten slotte heeft de Commissie de reikwijdte van het richtlijnvoorstel ingeperkt door het toepassingsbereik ervan te beperken tot werken die voor het eerst in een lidstaat zijn gepubliceerd of uitgezonden.<sup>53</sup> Dit heeft twee consequenties. Allereerst is de richtlijn niet van toepassing op alle niet-gepubliceerde en niet-uitgezonden werken. Daarmee wordt tegemoet gekomen aan het morele recht van auteurs (en uitvoerend kunstenaars, indien van toepassing) om te beslissen of een werk al dan niet wordt gepubliceerd of anderszins in de openbaarheid wordt gebracht (het zogenaemde 'droit de divulgation').<sup>54</sup> In de praktijk blijkt het echter niet altijd even gemakkelijk om te bepalen of een werk, zoals een foto, eerder gepubliceerd is. Erfgoedinstellingen bezitten daarnaast een grote hoeveelheid ongepubliceerd materiaal, zoals brieven, dagboeken en reisverslagen, die soms grote cultuurhistorische waarde hebben. Dit zou er voor kunnen pleiten om, onder bepaalde voorwaarden, ook ongepubliceerde werken onder de richtlijn te laten vallen.<sup>55</sup>

Daarnaast vallen alle werken die niet voor het eerst in een lidstaat zijn gepubliceerd of uitgezonden buiten het

toepassingsbereik van het voorstel. Volgens de Commissie zouden 'de internationale geplogenheden' dat gebieden.<sup>56</sup> Dit lijkt een voorbarige conclusie. De Commissie gaat er wat al te gemakkelijk aan voorbij dat, behoudens de verplichtingen die voortvloeien uit de belangrijkste auteursrechtverdragen (i.e. de Berner Conventie, TRIPS-Overeenkomst en WIPO Auteursrechtverdrag), het internationale auteursrecht de lidstaten niet verbiedt om nationale regelingen op buitenlandse werken van toepassing te verklaren.<sup>57</sup> Of aan de internationale verplichtingen – met name de driestappentoets en de schadevergoedingsregels bij inbreuk<sup>58</sup> – wordt voldaan hangt in belangrijke mate af van de keuze voor het juridisch model en de precieze uitwerking daarvan.<sup>59</sup> In het algemeen lijkt het internationale auteursrecht echter voldoende ruimte te laten om buitenlandse werken aan nationale regelingen voor verweesde werken te onderwerpen.<sup>60</sup> De Canadese regeling voor verweesde werken is bijvoorbeeld ook van toepassing op buitenlandse werken.<sup>61</sup> Hetzelfde geldt voor de door de US Copyright Office voorgestelde regeling voor verweesde werken in Amerika.<sup>62</sup> De Commissie had het voorstel dus ook zo kunnen inrichten dat daaronder ook werken zouden vallen die niet voor het eerst in een lidstaat zijn gepubliceerd of uitgezonden.<sup>63</sup> Dit zou een groter aantal werken onder het toepassingsbereik van de richtlijn brengen. Ook zou dit de uitvoering van de richtlijn vergemakkelijken, aangezien het niet altijd eenvoudig is om vast te stellen wat het land van eerste publicatie of uitzending is (zie hierna).

## Definitie van verweesde werken

Ingevolge art. 2 lid 1 van het richtlijnvoorstel wordt een werk als een verweesd werk beschouwd 'indien de rechthebbende van het werk niet is geïdentificeerd, of zelfs indien hij wel is geïdentificeerd, niet is opgespoord nadat overeenkomstig art. 3 zorgvuldig naar de rechthebbende werd gezocht en de gegevens daarvan zijn opgeslagen.' Er moet dus aan een aantal voorwaarden zijn voldaan om een werk te mogen voorzien van het etiket 'verweesd'. Deze voorwaarden worden hierna een voor een besproken. Blijft

52 Ingevolge Titel IV van het Franse Decreet n° 93-1429 van 31 december 1993 betreffende het wettelijk depot vindt het depot van audiovisuele werken plaats bij het INA.

53 Art. 1 lid 2, aanhef, van het richtlijnvoorstel.

54 Van Gompel 2007, *supra*, voetnoot 2, p. 693; Elferink & Ringnalda 2009, *supra*, voetnoot 7, p. 115.

55 Hierover wordt momenteel gesproken in de Raad. Zie Council of the European Union, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain permitted uses of orphan works – Presidency note on selected issues, 2011/0136(COD), 16438/11, Brussels, 4 November 2011.

56 Overweging 11 van het richtlijnvoorstel.

57 Vgl. art. 5 lid 2, laatste volzin, Berner Conventie. Deze bepaling is door verwijzing opgenomen in de TRIPS-Overeenkomst (art. 9 lid 1) en het WIPO Auteursrechtverdrag (art. 1 lid 4).

58 De driestappentoets staat in art. 9 lid 2 van de Berner Conventie (m.b.t. het vervelvoudigingsrecht), art. 13 van de TRIPS-Overeenkomst en art. 10 van het WIPO Auteursrechtverdrag. Voor naburige rechten is een driestappentoets opgenomen in art. 16 van het WIPO Verdrag inzake Uitvoeringen en Fonogrammen. De internationale schadevergoedingsregels staan o.a. in art. 45 van de TRIPS-Overeenkomst.

59 Zie J.C. Ginsburg, 'Contracts, Orphan Works, and Copyright Norms: What Role

for Berne and TRIPS?', in: R.C. Dreyfuss, H. First & D.L. Zimmerman (eds.), *Working Within the Boundaries of Intellectual Property: Innovation Policy for the Knowledge Society*, Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 471-496, voor een gedetailleerde analyse van de verenigbaarheid van regelingen voor verweesde werken met de verplichtingen onder de Berner Conventie en de TRIPS-Overeenkomst.

60 *Ibid.*, p. 496, waar Ginsburg concludeert: 'The [Berne and TRIPS] minima should not, however, be regarded as an impediment to resolving the "orphan works" problem. Rather, attention to the minima should enable States to shape an orphan works regime which both permits the exploitation of unlocatable right holders' works, and fairly compensates those right holders who, notwithstanding a rigorously diligent but unsuccessful search, subsequently turn up and object to the uses made of their works.'

61 Art. 77 van de Canadese auteurswet. Zie Copyright Board of Canada, *National Film Board of Canada (Re)*, 13 September 2005, 2005-UO/TI-34 (application denied).

62 US Copyright Office, 'Report on Orphan Works', January 2006, <http://www.copyright.gov/orphan/orphan-report-full.pdf>, p. 10, 14, 59, 80-81 en 121.

63 De vraag of en in hoeverre het richtlijnvoorstel nu al aan de internationale verplichtingen voldoet valt buiten het bestek van dit artikel. Het is opvallend dat een dergelijke analyse ontbreekt in zowel de Impact Assessment als de toelichting bij het richtlijnvoorstel.

één van de betreffende voorwaarden onvervuld, dan is het werk in kwestie geen verweesd werk en kan er bijgevolg geen beroep op de voorgestelde regeling worden gedaan.

### 'Diligent search'-vereiste

Allereerst moet er overeenkomstig art. 3 van het voorstel een zorgvuldige zoektocht naar rechthebbenden (de zgn. 'diligent search') hebben plaatsgehad. Om te kunnen uitmaken of een werk een verweesd werk is, bepaalt art. 3 lid 1 dat de begunstigde instellingen voor elk werk de gepaste bronnen voor de desbetreffende categorie van werken dienen te raadplegen. Elke lidstaat wordt geacht in overleg met rechthebbenden en gebruikers te bepalen welke bronnen daarvoor geschikt zijn. In elk geval moet dit de in de bijlage bij het voorstel opgesomde bronnen omvatten.<sup>64</sup>

Deze lijst is niet limitatief, maar verwijst naar de bronnen die de lidstaten in elk geval moeten opnemen. In de praktijk bestaan vele andere bronnen die relevante informatie over rechthebbenden bevatten. In 2008 zijn bijvoorbeeld richtlijnen voor een zorgvuldige zoektocht opgesteld door een speciale werkgroep binnen de 'High Level Expert Group on Digital Libraries'. Naast de in de bijlage bij het richtlijnvoorstel genoemde bronnen wordt in deze richtlijnen onder andere geadviseerd te kijken naar informatie op het werk zelf, de uitgever of producent van het werk te raadplegen, registers van de burgerlijke stand en registers van nalatenschappen te consulteren, zoekmachines op het internet te gebruiken, etc.<sup>65</sup> In Canada, waar specifieke regelgeving voor verweesde werken bestaat, adviseert het Copyright Board om vergelijkbare bronnen te onderzoeken.<sup>66</sup>

Het is opmerkelijk dat de Commissie enerzijds een zorgvuldige zoektocht als voorwaarde voor het gebruik van verweesde werken stelt en anderzijds de lidstaten verplicht expliciet de bronnen te bepalen die daarvoor geraadpleegd dienen te worden. Dit lijkt een beetje tegenstrijdig. Welke bronnen gepast zijn is immers niet in het algemeen te zeggen, maar afhankelijk van het specifieke geval. Waarschijnlijk is het idee achter deze bepaling de rechtszekerheid voor begunstigde instellingen te vergroten.<sup>67</sup> Of het raadplegen van een aantal specifieke bronnen in de praktijk zal leiden tot een zorgvuldige zoektocht hangt af van de aard en geschiktheid van die bronnen. Het is aannemelijk dat

lidstaten, in overleg met rechthebbenden en gebruikers, de in de bijlage opgenomen lijst zullen uitbreiden en nader zullen bepalen welke bronnen de begunstigde instellingen dienen te raadplegen om aan het vereiste van een zorgvuldige zoektocht te voldoen.

Een complicatie die daarbij optreedt is dat, behalve de in de bijlage opgenomen bronnen, de lijst van te raadplegen bronnen van lidstaat tot lidstaat zal verschillen. Van de beoogde geharmoniseerde aanpak voor een zorgvuldige zoektocht, die volgens de Commissie een hoog niveau van bescherming van auteursrecht in de Unie zou moeten waarborgen,<sup>68</sup> lijkt dus geen sprake te zijn. Dit komt de efficiency van de regeling niet ten goede, aangezien begunstigde instellingen vaak ook buiten hun eigen lidstaat naar rechthebbenden moeten zoeken, nu de zorgvuldige zoektocht moet plaatsvinden in de lidstaat van eerste publicatie of uitzending (art. 3 lid 3). Een Nederlandse erfgoedinstelling die Nederlands, Frans en Duits repertoire bezit, moet de rechthebbenden dus zoeken in Nederland, Frankrijk en Duitsland (aangenomen dat daar de eerste publicatie of uitzending heeft plaatsgehad).<sup>69</sup> Dit zou ertoe kunnen leiden dat culturele instellingen in eerste instantie alleen het eigen nationale erfgoed zullen gaan digitaliseren en buitenlandse werken vooralsnog buiten beschouwing laten.

Dat de zorgvuldige zoektocht naar rechthebbenden enkel dient plaats te vinden in de lidstaat van eerste publicatie of uitzending sluit uiteraard niet uit dat relevante informatie die buiten die lidstaat wordt gevonden ook in acht genomen moet worden.<sup>70</sup> Er bestaat echter geen verplichting om in andere landen dan de lidstaat van eerste publicatie of uitzending naar rechthebbenden te zoeken.<sup>71</sup> Dit beoogt de vereiste zoektocht tot één land te beperken en onnodige overlappings van zoekinspanningen te vermijden.<sup>72</sup>

In de praktijk lijkt het echter niet altijd even gemakkelijk om te bepalen wat het land van eerste publicatie of uitzending is.<sup>73</sup> Niet altijd is er voldoende informatie beschikbaar om dit eenduidig vast te stellen. Soms lijkt het land van eerste publicatie of uitzending voor de hand te liggen. Zo lijkt te mogen worden aangenomen dat Nederland de lidstaat van eerste publicatie is van *De Groene Amsterdammer* en de *Leeuwarder Courant*, Frankrijk voor *Le Figaro* en Oostenrijk voor de *Wiener Zeitung*. Dit betekent echter niet dat alle foto's, illustraties, afbeeldingen en andere werken die in

64 Art. 3 lid 2 van het richtlijnvoorstel.

65 Sector-Specific Guidelines on Due Diligence Criteria for Orphan Works – Joint Report, annex to the Memorandum of Understanding on Orphan Works, signed on 4 June 2008, <http://bit.ly/90yxGE>, par. 2.2.

66 Zie Canadian Copyright Board, 'Unlocatable Copyright Owners Brochure', <http://bit.ly/hsDFZE>.

67 Zie overweging 7 van het richtlijnvoorstel, waar expliciet op deze rechtszekerheid wordt gewezen.

68 Overweging 13 van het richtlijnvoorstel.

69 Impact Assessment, p. 16 (voetnoot 49). Het is niet uitgesloten dat begunstigde instellingen daarbij de hulp inroepen van organisaties in de betreffende landen. Overweging 12 van het voorstel laat de mogelijkheid om de zoektocht (mede) door andere organisaties te laten uitvoeren nadrukkelijk open.

70 Een redelijke uitleg en toepassing van het richtlijnvoorstel brengt immers met

zich mee dat een werk niet als verweesd werk mag worden beschouwd als de rechthebbende op enige wijze of in enige vorm bekend is en opgespoord kan worden. Om te voorkomen dat het voorstel anders wordt uitgelegd zou het goed zijn als de Commissie dit alsnog uitdrukkelijk opneemt, bijvoorbeeld in een aparte overweging.

71 De Raad sluit echter niet uit dat, in bepaalde gevallen, ook naar aanvullende informatie in andere landen moet worden gezocht. Zie overweging 13 en art. 3 lid 3 van het (gewijzigd) compromisvoorstel van het voorzitterschap, *supra*, voetnoot 25.

72 Overweging 15 van het richtlijnvoorstel. Zie ook Impact Assessment, p. 15 en 45.

73 Zie o.a. de gezamenlijke reactie van Nederlandse erfgoedinstellingen op de Internetconsultatie richtlijnvoorstel verweesde werken, *supra*, voetnoot 38.



deze publicaties zijn opgenomen ook voor het eerst in deze lidstaten zijn gepubliceerd. Kranten en tijdschriften maken immers vaak gebruik van foto's van buitenlandse persbureaus. Het kan dus evengoed gaan om werken die eerder in een andere lidstaat of een ander niet-Europees land zijn gepubliceerd.<sup>74</sup> Voor werken die voor het eerst op het internet zijn gepubliceerd, zoals wetenschappelijke artikelen in elektronische tijdschriften van internationale uitgevers, is het land van eerste publicatie of uitzending ook moeilijk te bepalen. Daarnaast speelt de lastige vraag of de eerste publicatie of uitzending in een vroegere kolonie van een lidstaat, die plaatshad ten tijde van die kolonisatie, ook als eerste publicatie of uitzending in de betrokken lidstaat mag worden beschouwd.<sup>75</sup> Tot slot is onduidelijk hoe het zit met werken die gelijktijdig in meerdere landen gepubliceerd of uitgezonden zijn.<sup>76</sup> Het richtlijnvoorstel laat dit totaal in het midden.

Ondanks dat de Commissie de zoektocht dus beoogt te vereenvoudigen door hem tot één lidstaat te beperken lijkt het erop dat zij de situatie er in de praktijk alleen maar lastiger op maakt. Behalve dat het soms uitermate lastig is om het land van eerste publicatie of uitzending te bepalen is het ook niet uitgesloten dat de zoektocht nog steeds in meerdere lidstaten zal moeten plaatsvinden, bijvoorbeeld indien een begunstigde instelling op zoek is naar de rechthebbenden van creaties die uit meerdere (scheidbare) werken bestaan waarvan de eerste publicatie in verschillende landen heeft plaatsgehad.

De vraag is derhalve of niet volstaan had kunnen worden met de regel dat de begunstigde instellingen een redelijke zoektocht dienen te ondernemen, zonder deze zoektocht tot de lidstaat van eerste publicatie of uitzending te beperken.<sup>77</sup> De Commissie had evengoed kunnen kiezen voor een wettelijk vermoeden dat aan het vereiste van een zorgvuldige zoektocht is voldaan indien in het land van eerste publicatie of uitzending naar de rechthebbenden is gezocht. Dat zou voorkomen dat de regeling onbruikbaar wordt indien het land van eerste publicatie of uitzending onbekend is, maar desondanks het voordeel in stand houdt van een zoektocht die tot één lidstaat is beperkt indien wel bekend is waar het werk voor het eerst is gepubliceerd of uitgezonden.

## Opslag van zoekgegevens

Een bijkomende voorwaarde om een werk als verweesd werk in de zin van de richtlijn te mogen aanmerken is dat de zoekgegevens worden opgeslagen. Op grond van art. 3 lid 4 dienen de lidstaten ervoor te zorgen dat de resultaten van elke zorgvuldige zoektocht op hun grondgebied in een voor het publiek toegankelijke databank worden gedeponeerd. Hierdoor kan worden nagegaan of de status van verweesd werk in een andere lidstaat is vastgesteld.<sup>78</sup> Idealiter zouden de nationale databanken onderling met elkaar verbonden worden zodat zij op pan-Europees niveau via één toegangspunt te raadplegen zijn.<sup>79</sup>

Hoewel art. 3 lid 4 van het voorstel alleen de lidstaten lijkt te belasten met de opslag van zoekresultaten zijn de begunstigde instellingen niet vrij van elke verplichting. Waar de lidstaten zorg moeten dragen voor het opzetten en implementeren van voor het publiek toegankelijke databanken van zoekresultaten, zijn de begunstigde instellingen verplicht de zoekresultaten in die databanken op te slaan.<sup>80</sup> Doen zij dat niet, dan is er volgens de definitie van art. 2 lid 1 immers geen sprake van een verweesd werk.

Het is onduidelijk in hoeverre een instelling die op zoek is naar de rechthebbende(n) van een werk dat reeds in de databank is opgenomen mag afgaan op de zoekresultaten van andere instellingen (de zgn. 'piggybacking search'). Het lijkt erop dat de verplichting om zorgvuldig te zoeken op elke afzonderlijke instelling rust en er dus niet per definitie op eerdere zoekresultaten van anderen mag worden vertrouwd. Deze zoekresultaten kunnen uiteraard wel een goed uitgangspunt zijn om de eigen zoektocht te beginnen.<sup>81</sup>

## Onvindbaarheid van rechthebbenden

De zorgvuldige zoektocht moet zonder resultaat zijn gebleven om een werk tot een verweesd werk te maken.<sup>82</sup> De rechthebbende moet derhalve niet geïdentificeerd of opgespoord kunnen worden. Wordt de rechthebbende wel gevonden maar geeft hij geen toestemming voor de exploitatie, dan is er geen sprake van een verweesd werk. Daarnaast bepaalt art. 2 lid 2 dat een werk niet als een verweesd

74 In dit laatste geval is de richtlijn, althans voor het betrokken deelwerk, niet van toepassing. Dit volgt uit het reeds besproken art. 1 lid 2 van het richtlijnvoorstel.

75 Vgl. art. 47a Aw voor wat betreft de toepassing van de Nederlandse Auteurswet op werken die voor het eerst in Nederlandsch-Indië of Nederlands-Nieuw-Guinea door of vanwege de maker zijn uitgegeven.

76 Het principe van 'gelijktijdige publicatie' is onder andere uitgewerkt in art. 3 lid 1 onder b, art. 3 lid 4 en art. 5 lid 4 onder a en b van de Berner Conventie.

77 De keuze voor deze bepaling lijkt mede te zijn ingegeven door het hierna te bespreken systeem van de wederzijdse erkenning van de status van verweesde werken. Zie Impact Assessment, p. 20. Het is voor de uitvoering van dit systeem echter onnodig de zoektocht te laten uitvoeren in de lidstaat van eerste publicatie of uitzending. Vereist is dat er overeenkomstig de regels in één lidstaat gezocht wordt. Dit zou bijvoorbeeld ook de lidstaat van vestiging van de betrokken organisatie kunnen zijn. Vgl. Impact Assessment, p. 33.

78 Overweging 15 van het richtlijnvoorstel.

79 Overweging 13 van het richtlijnvoorstel.

80 Zie art. 6 lid 4 en art. 7 lid 1 onder 2 van het richtlijnvoorstel, waar de begunstigde instellingen verplicht worden om gegevens bij te houden van de zorgvuldige zoektocht die zij hebben verricht. Hoewel hier geen link wordt gelegd met de databanken in art. 3 lid 4 is het aannemelijk dat de opslag van zoekresultaten in de voor het publiek toegankelijke databanken volstaat om aan deze verplichting te voldoen.

81 Idealiter wordt dubbel zoekwerk voorkomen. De Commissie wil overlappenden van zoekinspanningen zoveel mogelijk vermijden (zie overweging 15 van het richtlijnvoorstel) en stimuleert culturele instellingen daarom de databanken van zoekgegevens te raadplegen. Er blijft echter een verplichting op hen rusten om (zelf) zorgvuldig te zoeken.

82 Hoewel dit niet volgt uit art. 2 lid 1 is er uiteraard ook geen sprake van een verweesd werk indien de rechthebbende bekend is en opgespoord kan worden zonder dat er een zoektocht heeft plaatsgevonden.

werk wordt beschouwd indien het meer dan één rechthebbende heeft, en een van die rechthebbenden is geïdentificeerd en opgespoord.

Dit laatste heeft een opmerkelijke consequentie. De situatie kan zich voordoen dat één of meer rechthebbenden van een gezamenlijk (onscheidbaar) werk gevonden worden en met de exploitatie instemmen, maar dat de overige rechthebbenden onvindbaar blijven.<sup>83</sup> Volgens het richtlijnvoorstel zou zo'n werk niet als een verweesd werk mogen worden beschouwd. Daardoor is het niet voor exploitatie vatbaar. Het is twijfelachtig of dat het gewenste resultaat is. In feite wordt degene die na een zorgvuldige zoektocht in elk geval één rechthebbende van een gezamenlijk werk heeft weten te achterhalen bestraft met het niet kunnen exploiteren van dat werk. Tenzij de zoektocht resulteert in het vinden van alle rechthebbenden, of van geen enkele rechthebbende, loont zoeken dus niet. Een beter resultaat zou worden verkregen als de richtlijn zou bepalen dat werken met meer dan één rechthebbende, zoals gezamenlijke werken en werken ten aanzien waarvan het auteursrecht in handen is geraakt van meerderen erfgenamen, ook als ten dele verweesde werken kunnen worden aangemerkt, namelijk voor zover niet alle rechthebbenden geïdentificeerd en opgespoord kunnen worden. Dat is ook wat in het compromisvoorstel van het voorzitterschap wordt voorgesteld.<sup>84</sup>

Een andere vraag is hoe moet worden omgegaan met verzamelenwerken en andere werken die uit een combinatie van afzonderlijke (scheidbare) werken bestaan. Stel bijvoorbeeld dat alle rechthebbenden van een dergelijk werk (e.g. een krant) onvindbaar zijn, maar dat een rechthebbende van een deelwerk (e.g. een foto) gevonden wordt en niet instemt met exploitatie. Zou dit de exploitatie van het gehele werk in de weg kunnen staan? Hoewel deze situatie niet uitdrukkelijk wordt behandeld in het voorstel lijkt het vanzelfsprekend dat er in dit geval voor gekozen zou kunnen worden om het gehele werk (de krant), met uitzondering van het betreffende deelwerk (de foto), als verweesd werk aan te merken. Onder toepassing van de richtlijn zou een dergelijk werk dan, zonder het betrokken deelwerk, mogen worden gedigitaliseerd en online toegankelijk gemaakt.

#### *Einde van de status van een verweesd werk*

Een werk is niet langer verweesd indien tenminste één rechthebbende van het betrokken werk een einde heeft gesteld aan deze status. Op grond van art. 5 moeten de lidstaten ervoor zorgen dat rechthebbenden te allen tijde de mogelijkheid hebben om een einde te maken aan de verweesde status van een werk. Dat hiervoor expliciet een mogelijkheid wordt gecreëerd heeft te maken met de in het richtlijnvoorstel gehanteerde definitie van verweesde wer-

ken. Indien verweesde werken zouden zijn gedefinieerd als werken waarvan de rechthebbenden niet kunnen worden geïdentificeerd of opgespoord, dan zou er immers automatisch geen sprake meer zijn van een verweesd werk als één van de rechthebbenden zich zou melden of anderszins bekend zou zijn geworden.<sup>85</sup>

Het is opmerkelijk dat de Commissie niet regelt hoe rechthebbenden een einde kunnen stellen aan de status van verweesd werk. Aangezien er voor het publiek toegankelijke databanken van zoekresultaten worden opgezet waaruit de status van verweesde werken is te bepalen,<sup>86</sup> zou het erg voor de hand liggen als het einde aan deze status ook wordt vastgesteld en bekendgemaakt door middel van een aantekening in deze databanken van zoekresultaten. De Commissie laat de beëindiging van de status van verweesde werken echter geheel aan de lidstaten over. Het is daarom de vraag hoe deze regel op nationaal niveau wordt geïmplementeerd en of er voldoende duidelijkheid en rechtszekerheid met betrekking tot het einde van de status van verweesde werken wordt gecreëerd. Dat is niet alleen in het belang van gebruikers, maar ook van rechthebbenden. Zij moeten niet voor onoverkomelijke bewijsproblemen worden gesteld. Aan de andere kant moet ook weer niet té gemakkelijk worden aangenomen dat iemand auteursrecht bezit. Anders zou iedereen zich als rechthebbende van een verweesd werk kunnen melden. Het zou goed zijn als deze problemen worden onderkend en een regeling wordt getroffen met betrekking tot de bewijslast.

---

### **Toegestaan gebruik van verweesde werken**

Naast de hiervoor beschreven wijze waarop in elke lidstaat de status van verweesde werken moet worden vastgesteld regelt het richtlijnvoorstel ook in hoeverre lidstaten het gebruik van verweesde werken op hun grondgebied dienen toe te staan. Daarbij is vooral gelet op het grensoverschrijdend gebruik. Het doel van het voorstel is immers het creëren van een rechtskader om de wettige en grensoverschrijdende online toegang tot verweesde werken te verzekeren. Nu de Commissie een richtlijn als instrument heeft gekozen en de lidstaten dus verplicht zijn de hierin voorgestelde maatregel in hun nationale wetgeving te implementeren moet er, met het oog op het grensoverschrijdend online gebruik, expliciet geregeld worden hoe de ene nationale regeling doorwerkt in de andere. Het auteursrecht is namelijk territoriaal begrensd. Het voorstel introduceert daarom allereerst een stelsel van wederzijdse erkenning van de status van verweesde werken. Daarnaast verplicht het de lidstaten om bepaalde gebruikswijzen van verweesde werken – ongeacht of de verweesde status in de eigen lidstaat of door wederzijdse erkenning is vastgesteld – op

---

83 In hun reacties op de Internetconsultatie richtlijnvoorstel verweesde werken, *supra*, voetnoot 38, stellen de NPO en de Nederlandse erfgoedinstellingen dat van bepaalde werken vaak minstens één rechthebbende bekend is, namelijk de uitgever (bij kranten e.d.) en de producent/omroep (bij audio/visuele werken).

84 Zie art. 2 van het (gewijzigd) compromisvoorstel van het voorzitterschap, *supra*, voetnoot 25.

85 Vgl. US Copyright Office 2006, *supra*, voetnoot 62, p. 34.

86 Zie het hiervoor besproken art. 3 lid 4 van het richtlijnvoorstel.

hun grondgebied toe te staan. Beide maatregelen worden hieronder besproken.

### *Wederzijdse erkenning van de status van verweesde werken*

Een kernbepaling van het richtlijnvoorstel is art. 4, waarin wordt bepaald dat een werk dat overeenkomstig art. 2 in een lidstaat als een verweesd werk wordt beschouwd, ook in de andere lidstaten als een verweesd werk zal worden aangemerkt. Dit betekent dat de verweesde status van een werk slechts op grond van de nationale regels van één lidstaat (i.e., de lidstaat van eerste publicatie of uitzending) hoeft te worden aangetoond. Indien de rechthebbenden van een werk na een zorgvuldige zoektocht in die lidstaat niet worden gevonden, draagt het werk in de gehele EER de status van verweesd werk.<sup>87</sup>

### *Oprichting het gebruik van verweesde werken toe te staan*

De wederzijdse erkenning van de status van verweesde werken is op zichzelf niet genoeg om deze werken ook in heel Europa online beschikbaar te kunnen maken. Daartoe moet er een bepaling zijn die het toegestane gebruik van deze werken in de lidstaten regelt. Het richtlijnvoorstel bepaalt daarom dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat de begunstigde instellingen de toestemming hebben om verweesde werken op één van de in art. 6 lid 1 genoemde wijzen te gebruiken. Dit betreft: (a) de beschikbaarstelling van verweesde werken in de zin van art. 3 van de Auteursrechtlijn en (b) de reproductie van verweesde werken in de zin van art. 2 van de Auteursrechtlijn, met als doel het digitaliseren, beschikbaar stellen, indexerend, catalogiseren, behouden of restaureren. Onder het toegestane gebruik valt niet de distributie van verweesde werken in de zin van art. 4 van de Auteursrechtlijn.<sup>88</sup>

Omdat de status van verweesde werken niet alleen op grond van de eigen nationale regels maar ook door wederzijdse erkenning wordt vastgesteld, worden de lidstaten feitelijk dus verplicht in te stemmen met het gebruik op hun grondgebied van alle verweesde werken die als zodanig in één van de lidstaten zijn gekwalificeerd. Hiermee opent de Commissie de weg voor de begunstigde culturele instellingen

om verweesde werken te digitaliseren en online toegankelijk te maken in het territorium van de EER.<sup>89</sup> Zij kunnen zich daarbij tot op zekere hoogte laten bijstaan door commerciële partners.<sup>90</sup>

De Commissie verbindt het gebruik van verweesde werken aan een aantal voorwaarden. Zo mogen begunstigde instellingen verweesde werken in beginsel niet gebruiken voor het vervullen van andere taken dan die van openbaar belang. Deze taken liggen vooral in het behoud en restauratie van en het verstrekken van voor culturele en onderwijsdoeleinden bestemde toegang tot werken die in hun verzamelingen zijn opgenomen.<sup>91</sup> Slechts indien aan de vijf in art. 7 lid 1 genoemde voorwaarden wordt voldaan mogen de begunstigde instellingen verweesde werken voor andere dan deze doeleinden gebruiken.<sup>92</sup> Waar de grens ligt tussen taken van openbaar belang en taken die daarbuiten vallen is onduidelijk en wordt volledig aan de lidstaten overgelaten.<sup>93</sup>

De eerste twee voorwaarden die art. 7 lid 1 stelt zijn dat de begunstigde instellingen een administratie moeten bijhouden van de gegevens van de zorgvuldige zoektocht die zij hebben verricht alsook van de gegevens van het gebruik dat zij van verweesde werken maken.<sup>94</sup> Deze voorwaarden gelden ook voor het gebruik dat de begunstigde instellingen van verweesde werken maken bij de vervulling van hun taken van openbaar belang.<sup>95</sup> De administratie moet voor het publiek toegankelijk zijn. Daartoe dienen de lidstaten, naast de hiervoor besproken databanken van zoekresultaten, ook voor het publiek toegankelijke databanken van gegevens over het gebruik van verweesde werken op te zetten.<sup>96</sup> Het idee achter laatstgenoemde databanken is dat, als het gebruik van verweesde werken voor een ieder bekend is, dublures van dure digitalisering vermeden kunnen worden. Het effect is het grootst als de verschillende nationale databanken onderling met elkaar verbonden worden en op pan-Europees niveau via één toegangspunt te raadplegen zijn.<sup>97</sup>

Een derde voorwaarde is dat de namen van rechthebbenden die zijn geïdentificeerd maar niet zijn opgespoord in elk gebruik van verweesde werken moeten worden vermeld.<sup>98</sup> De reden waarom de Commissie deze naamsvermelding alleen bij het gebruik van verweesde werken

87 Het richtlijnvoorstel betreft een onderwerp dat onder de EER-overeenkomst valt en moet daarom worden uitgebreid tot de Europese Economische Ruimte (EER). Zie toelichting bij het richtlijnvoorstel, p. 5.

88 Dit lijkt verband te houden met de beperkte doelstelling van het voorstel om de digitalisering en online verspreiding van culturele werken in digitale bibliotheken en archieven in Europa te bevorderen (*supra*, tekst).

89 Vgl. overweging 19 van het richtlijnvoorstel.

90 De begunstigde instellingen lijken overeenkomsten met commerciële partners te mogen sluiten voor de digitalisering en de beschikbaarstelling van verweesde werken om de krachtens het richtlijnvoorstel toegestane gebruikswijzen toe te passen, althans voor zover dit noodzakelijk is bij het vervullen van hun taken van openbaar belang. Zie art. 6 lid 3 en overweging 18 van het richtlijnvoorstel.

91 Art. 6 lid 2 van het richtlijnvoorstel.

92 Tenzij een onbekende zesde voorwaarde (onder 1) per abuis is weggevalen,

lijkt het erop dat de voorwaarden in art. 7 lid 1 incorrect als 2 t/m 6 (in plaats van 1 t/m 5) genummerd zijn.

93 Dit is waarschijnlijk de reden dat de Raad heeft voorgesteld het genoemde onderscheid te laten varen en art. 7 volledig te schrappen. Dat betekent dat de begunstigde instellingen verweesde werken alleen mogen gebruiken voor het vervullen van taken van openbaar belang. De Raad stelt voor dit gebruik aan enkele voorwaarden te verbinden, zoals de verplichte naamsvermelding van geïdentificeerde rechthebbenden en het betalen van een vergoeding aan rechthebbenden die later opduiken. Zie art. 6 van het (gewijzigd) compromisvoorstel van het voorzitterschap, *supra*, voetnoot 25.

94 Art. 7 lid 1 onder 2 en 3 van het richtlijnvoorstel.

95 Art. 6 lid 4 van het richtlijnvoorstel.

96 Dit volgt uit art. 6 lid 4 en overweging 13 van het richtlijnvoorstel.

97 Overweging 13 van het richtlijnvoorstel.

98 Art. 7 lid 1 onder 4 van het richtlijnvoorstel.

voor de vervulling van andere taken dan die van openbaar belang voorschrijft is onduidelijk. Ook bij het gebruik van verweesde werken voor de vervulling van taken van openbaar belang lijkt het vanzelfsprekend dat de begunstigde instellingen de namen van rechthebbenden vermelden, althans indien die bekend zijn. Op grond van het morele recht op naamsvermelding (het *'droit à la paternité'*) zijn zij daartoe ook verplicht.<sup>99</sup>

De laatste twee voorwaarden hebben te maken met de vergoeding die de begunstigde instellingen moeten betalen voor het gebruik van werken waarvan de rechthebbenden bekend zijn geworden en een einde hebben gesteld aan de verweesde status.<sup>100</sup> Deze verplichting geldt ook alleen voor het gebruik van verweesde werken voor doeleinden die de taken van openbaar belang van de begunstigde instellingen overstijgen. De Commissie licht de reden hiervoor niet nader toe.<sup>101</sup> Zij vindt een vergoeding wellicht niet geboden wanneer begunstigde instellingen de verweesde werken in hun verzamelingen gebruiken ter behoud en restauratie of ter verstrekking van voor culturele en onderwijsdoeleinden bestemde toegang tot deze werken. De vraag is echter of het bij voorbaat ontzeggen van een vergoeding wel in overeenstemming is met de internationale verdragen. Ginsburg redeneert dat op grond van de Berner Conventie en de TRIPs-overeenkomst altijd een billijke compensatie betaald moet worden aan rechthebbenden van verweesde werken die later bekend worden en die zich verzetten tegen het gebruik dat reeds van hun werken is gemaakt.<sup>102</sup> Dit sluit evenwel niet uit dat, gelet op het niet-commerciële (e.g. culturele of educatieve) karakter van het gebruik, de hoogte van deze vergoeding in bepaalde gevallen ook nihil kan zijn.<sup>103</sup> De Commissie had dit op een consistentere manier kunnen formuleren.

Een begunstigde instelling pleegt auteursrechtinbreuk indien zij een werk als verweesd werk digitaliseert of beschikbaar maakt maar zich niet aan deze voorwaarden houdt (of indien het betrokken werk volgens de definitie van art. 2 lid 1 niet als een verweesd werk kan worden beschouwd). Aangezien het voorstel niets regelt over aansprakelijkheid bij inbreuk lijkt het erop dat de bewuste instelling in elke lidstaat waarin het werk is gebruikt in rechte is aan te spreken volgens de normale aansprakelijkheidsregels.<sup>104</sup>

### *Einde aan het toegestane gebruik*

Behalve dat er in bepaalde gevallen een vergoeding verschuldigd is aan rechthebbenden die een einde stellen aan de verweesde status van een werk, regelt het voorstel niets over het eventuele voortzetten van het gebruik van

die werken. Het lijkt logisch dat, indien een rechthebbende bekend wordt en een einde stelt aan de verweesde status, de begunstigde instelling het werk niet langer onder de voorgestelde regeling mag gebruiken. Het werk is immers geen verweesd werk meer. Tenzij toestemming wordt verkregen van de rechthebbende, dient de beschikbaarstelling van het werk aan het publiek dan ook onmiddellijk te worden gestaakt. Het zou echter kapitaalvernietiging zijn als begunstigde instellingen door een later bekend geworden rechthebbende zouden worden verplicht om alle digitale kopieën van het werk te vernietigen. Indien het gedigitaliseerde werk door consumenten is gedownload en verder verspreid zou dat bovendien praktisch onmogelijk zijn. De Commissie zou daarom expliciet kunnen bepalen dat, tenzij een legitiem belang zich daartegen verzet, de begunstigde instellingen de digitale kopieën van het werk mogen behouden, eventueel (bijvoorbeeld als de digitalisering niet is gericht op de instandhouding van werken) onder betaling van een (billijke) vergoeding.

Indien er een einde is gesteld aan de verweesde status van een werk kunnen de betrokken rechthebbenden de vergoeding claimen die op grond van art. 7 lid 1 is verschuldigd voor het gebruik van het werk voor doeleinden die de taken van openbaar belang van de begunstigde instellingen overstijgen. Bij de vaststelling van de hoogte van die vergoeding moet met het type werk en de gebruikswijze in kwestie rekening worden gehouden.<sup>105</sup> Om te voorkomen dat rechthebbenden bij grensoverschrijdend gebruik in elke lidstaat afzonderlijk een procedure moeten starten om de vergoeding te claimen is het wenselijk bij de vaststelling van de vergoeding ook het territorium waarin het gebruik heeft plaatsgehad in aanmerking te nemen. Een belangrijke vraag, die onbeantwoord blijft, is wie de hoogte van de vergoeding vaststelt. Het lijkt bezwaarlijk dit aan nationale wetgevers over te laten. Dat zou kunnen leiden tot enorme verschillen tussen de lidstaten. Het is daarom beter de hoogte van de vergoeding door de markt te laten bepalen. Partijen moeten eerst proberen er samen uit te komen. Als dat niet lukt dan kunnen zij de kwestie aan de rechter voorleggen. Hierbij lijkt het wel raadzaam om een bepaling op te nemen over de bevoegdheid van de rechter en het toepasselijk recht aan de hand waarvan de verschuldigde vergoeding dient te worden vastgesteld.

De vergoeding kan alleen worden geclaimd binnen een door de lidstaten vast te stellen termijn. Deze termijn is minimaal vijf jaar te rekenen vanaf de datum van de handeling waarop de claim is gebaseerd.<sup>106</sup> Dat is – naar alle waarschijnlijkheid – de datum waarop het werk is gedigitaliseerd of (voor het laatst) ter beschikking is gesteld aan het publiek. Het voorstel bepaalt dat de lidstaten na afloop

99 In Nederland is het morele recht op naamsvermelding (het *droit à la paternité*) neergelegd in art. 25 lid 1 onder a (en b) van de Auteurswet. De meeste andere lidstaten kennen een vergelijkbaar recht.

100 Art. 7 lid 1 onder 5 en 6 van het richtlijnvoorstel.

101 In overweging 21 van het richtlijnvoorstel stelt de Commissie alleen dat in dergelijke omstandigheden de rechten en rechtmatige belangen van rechthebbenden moeten worden beschermd.

102 Ginsburg 2010, *supra*, voetnoot 59. Zie ook de aanbeveling van het Comité des Sages 2011, *supra*, voetnoot 34, para. 5.3.2.2 onder vi.

103 Vgl. US Copyright Office 2006, *supra*, voetnoot 62, p. 115-119.

104 Zie ook overweging 16 van het (gewijzigd) compromisvoorstel van het voorzitterschap, *supra*, voetnoot 25.

105 Overweging 22 van het richtlijnvoorstel.

106 Art. 7 lid 1 onder 6 van het richtlijnvoorstel.



van deze termijn vrij kunnen beslissen over het gebruik van alle niet geclaimde inkomsten.<sup>107</sup> In principe zouden de lidstaten dus kunnen bepalen dat de begunstigde instellingen zelf reserves moeten creëren waaruit de rechthebbers die naar voren komen moeten worden vergoed. Alle niet verdeelde gelden kunnen dan later, na afloop van de genoemde termijn, worden aangewend voor specifieke, aan het probleem van verweesde werken gerelateerde doeleinden (zoals het opzetten van databanken met informatie over rechten die het zorgvuldig zoeken vergemakkelijken<sup>108</sup>) of voor nieuwe digitaliseringsprojecten.

## Keuze voor het voorgestelde model

De hierboven uiteengezette regeling die naast een zorgvuldige zoektocht bestaat uit een wederzijdse erkenning van de status van verweesde werken en een verplichting voor de lidstaten om het gebruik van verweesde werken op hun grondgebied toe te staan is door de Commissie verkozen boven een vijftal bestaande modellen die zij in de door haar uitgevoerde Impact Assessment betrok. Dit betrof: (1) geen maatregelen nemen, (2) een wettelijke uitzondering op auteursrecht, (3) uitgebreide collectieve licenties, (4) een specifieke licentie die door cbo's wordt verleend, en (5) een specifieke licentie die door een overheidsinstantie wordt verleend.

De belangrijkste reden waarom de Commissie uiteindelijk voor dit model heeft gekozen is de flexibiliteit die het laat aan de lidstaten. In tegenstelling tot de andere onderzochte modellen, die een specifiek door de lidstaten te implementeren instrument voorschrijven, geeft dit model de lidstaten de mogelijkheid om zelf gepaste middelen te kiezen om het gebruik van verweesde werken toe te staan en dus om de uitdrukkelijke toestemming, die onmogelijk door onvindbare rechthebbers zelf kan worden gegeven, in rechte te vervangen.<sup>109</sup> Hierdoor kunnen specifiek op de nationale situatie afgestemde wetten worden uitgevaardigd, die zowel aan de bijzondere behoeften van culturele instellingen tegemoetkomen als blijven voorzien in een adequate bescherming van de belangen van rechthebbers. Dit maakt het model volgens de Commissie uiterst geschikt.<sup>110</sup>

In overeenstemming met het gekozen model bepaalt het richtlijnvoorstel dat de lidstaten de middelen kunnen kiezen voor het toestaan van het gebruik van verweesde werken.<sup>111</sup> Daarbij kan worden gedacht aan het invoeren van een beperking van het auteursrecht, waarbij het gebruik van verweesde werken is toegestaan mits aan de in het voorstel genoemde voorwaarden is voldaan,<sup>112</sup> of aan een dwanglicentie, waarbij een overheidsinstantie toestemming kan verlenen voor het gebruik van verweesde werken onder de in het voorstel genoemde voorwaarden.<sup>113</sup> Het richtlijnvoorstel roept dus zelf geen nieuwe beperking van het auteursrecht in het leven,<sup>114</sup> maar laat de lidstaten wel vrij een dergelijk middel in te zetten. In het compromisvoorstel van het voorzitterschap wordt daarentegen nadrukkelijk voorgesteld om een nieuwe beperking van het auteursrecht te introduceren voor het toestaan van het gebruik van verweesde werken. Conform art. 5 lid 5 van de Auteursrechtlijn zou een dergelijke beperking ook aan de driestappentoets moeten voldoen.<sup>115</sup> Of een beperking van het auteursrecht een politiek haalbaar middel is wordt momenteel onderzocht in de Raad.<sup>116</sup>

Het gevolg is dat de richtlijn het middel waarmee de lidstaten het gebruik van verweesde werken toestaan niet harmoniseert. Dat is op zichzelf geen probleem, ware het niet dat het voorstel zeer onduidelijk is over het toepasselijk recht. In de Impact Assessment lijkt de Commissie te veronderstellen dat het toepasselijk recht wordt bepaald door de wetgeving van de lidstaat waar de begunstigde instelling is gevestigd en dat dus alleen aan de in die lidstaat voorgeschreven regels met betrekking tot het toegestane gebruik van verweesde werken hoeft te worden voldaan.<sup>117</sup> De begunstigde instellingen zijn ingevolge het richtlijnvoorstel echter ook verplicht om naar rechthebbers te zoeken in de lidstaat van eerste publicatie of uitzending van het werk. Dit lijkt te betekenen dat het toegestane gebruik van verweesde werken ook afhankelijk is van de regels die gelden in laatstgenoemde lidstaat. Het is althans aannemelijk dat bij de zorgvuldige zoektocht de aangewezen bronnen in de lidstaat van eerste publicatie of uitzending moeten worden geraadpleegd. Begunstigde instellingen die verweesde werken uit meerdere lidstaten in hun collecties herbergen kunnen dus worden geconfronteerd met uiteenlopende regels en procedures om toestemming voor het

107 Art. 7 lid 2 van het richtlijnvoorstel.

108 Zie overweging 22 van het richtlijnvoorstel.

109 Impact Assessment, p. 38: 'the mutual recognition option grants Member States the possibility to establish suitable instruments to substitute for an express authorisation'.

110 *Ibid.*, p. 34 en 38.

111 Art. 7 lid 2 van het richtlijnvoorstel. Deze bepaling verwijst slechts naar het gebruik van verweesde werken voor doeleinden die de taken van openbaar belang van de begunstigde instellingen overstijgen (art. 7 lid 1). Welke middelen de lidstaten mogen implementeren om het gebruik van verweesde werken voor de vervulling van taken van openbaar belang (art. 6 lid 1) toe te staan blijft daarom onduidelijk. Aangezien voor dit laatste gebruik geen specifiek middel is voorgeschreven lijkt het er op dat lidstaten ook hier vrij zijn om het middel te kiezen dat zij geschikt achten.

112 Het invoeren van een beperking van het auteursrecht zou in principe alleen mogelijk zijn als er een opening wordt gecreëerd in de gesloten catalogus van beperkingen in art. 5 Auteursrechtlijn (richtlijn nr. 2001/29/EG,

PbEG 2001, L 167), tenzij mag worden aangenomen dat het richtlijnvoorstel de lidstaten expliciet toestaat om een beperking van het auteursrecht voor verweesde werken in te voeren.

113 Zo'n systeem bestaat in Canada. Zie M.H. Elferink, 'Digitale ontsluiting van cultureel erfgoed en de problematiek van "verweesde werken": Verkenning van een Canadees model', *BIE* 2008-4/5, 144-150.

114 Dit werd ook benadrukt door het hoofd van de Copyright Unit van DG Interne Markt, Maria Martín-Prat, tijdens de ALAI studiedagen in Dublin. Zie Maria Martín-Prat, 'EU proposed Orphan Work Directive', presentatie gegeven tijdens het ALAI congres 'Expansion and Contraction of Copyright: Subject Matter, Scope, Remedies', Dublin, 29 juni-1 juli 2011.

115 Zie art. 6 lid 1 en 2 van het (gewijzigd) compromisvoorstel van het voorzitterschap, *supra*, voetnoot 25.

116 Zie de Presidency note on selected issues of 4 November 2011, *supra*, voetnoot 55.

117 Impact Assessment, p. 34.



gebruik van die werken te regelen. Dat zou het verkrijgen van toestemming voor het gebruik van verweesde werken in de praktijk enorm ingewikkeld maken. De begunstigde instellingen zijn dus gebaat bij duidelijke regels die het toepasselijke recht (het liefst van één lidstaat) aanwijzen.

Tot slot rest nog de vraag hoeveel ruimte het richtlijnvoorstel laat voor de lidstaten om een model te introduceren dat op collectieve licenties is gebaseerd, zoals een systeem van uitgebreide collectieve licenties ('*extended collective licences*') waarbij een overeenkomst tussen een of meer gebruikers en een representatieve organisatie van rechthebbenden bij of krachtens de wet algemeen verbindend wordt verklaard en dus van rechtswege toepasselijk is op alle (dus ook op de niet-aangesloten) rechthebbenden.<sup>118</sup> Een collectief model lijkt beter aan te sluiten bij de doelstelling van de richtlijn om de digitalisering en online verspreiding van werken in culturele instellingen in Europa te bevorderen dan de thans voorgestelde zorgvuldige zoektocht en wederzijdse erkenning van nationale oplossingen voor verweesde werken. Het past immers niet bij grootschalige digitaliseringsprojecten om voor elk afzonderlijk werk een zorgvuldige zoektocht naar rechthebbenden te moeten ondernemen.<sup>119</sup>

Hoewel uitgebreide collectieve licenties door de Commissie als mogelijke oplossing zijn onderzocht,<sup>120</sup> heeft dit model het uiteindelijk niet gehaald. De reden lijkt met name te zijn gelegen in het feit dat er vooral vanuit de hoek van uitgeverij felle kritiek bestond tegen het model. Zij eisten dat een regeling voor verweesde werken in elk geval op een zorgvuldige zoektocht wordt gebaseerd.<sup>121</sup> Hiervoor heeft de Commissie uiteindelijk ook gekozen. Op het eerste gezicht lijkt het voorstel de invoering van een systeem van uitgebreide collectieve licenties door de lidstaten dus uit te sluiten. Een voorafgaande zorgvuldige zoektocht naar rechthebbenden ontbreekt immers bij dergelijke licenties.<sup>122</sup>

Overweging 20 van het voorstel bepaalt evenwel dat de richtlijn geen afbreuk mag doen aan bestaande regelingen van de lidstaten inzake het beheer van rechten, zoals uitgebreide collectieve licenties.<sup>123</sup> In principe hoeft de richt-

lijn (uitgebreide) collectieve licenties dus niet in de weg te staan. Ondanks dat de overweging spreekt van 'bestaande regelingen' is het aannemelijk dat hier aan het woord 'bestaande' geen zelfstandige betekenis toekomt. Anders zou de Commissie onnodig in de regelgevende bevoegdheid van de lidstaten treden.<sup>124</sup> Uitgebreide collectieve licenties zijn namelijk niet primair gericht op het oplossen van het probleem van verweesde werken. Het zijn normstellende maatregelen die met het oog op een algemeen maatschappelijk belang een overeenkomst algemeen verbindend verklaren.<sup>125</sup> Gegeven de beperkte doelstelling van het voorstel zou het daarom onaanvaardbaar zijn als uitgebreide collectieve licenties categorisch worden uitgesloten. Om te voorkomen dat de richtlijn wel zo wordt uitgelegd zou het wenselijk zijn het woord 'bestaande' in overweging 20 te schrappen. Zowel het Europees Parlement als de Raad lijkt hier ook voorstander van te zijn.<sup>126</sup>

Een systeem van uitgebreide collectieve licenties zou in beginsel naast (en volledig los van) het in het onderhavige richtlijnvoorstel voorgestelde model kunnen opereren.<sup>127</sup> De Commissie lijkt dit ook te bevestigen. Onder voorzitterschap van Eurocommissaris Barnier is onlangs een Memorandum of Understanding betreffende de digitalisering en online beschikbaarstelling van niet meer commercieel verkrijgbare werken (boeken, tijdschriften e.d.) ondertekend.<sup>128</sup> In dat Memorandum of Understanding wordt een systeem van (uitgebreide) collectieve licenties expliciet voorgestaan.<sup>129</sup> In zoverre een werk wordt gedigitaliseerd en online toegankelijk gemaakt onder een (uitgebreide) collectieve licentie geldt het richtlijnvoorstel uiteraard niet. Dit betekent dat geen beroep kan worden gedaan op de wederzijdse erkenning door de andere lidstaten van de gekozen maatregel. Om de grensoverschrijdende exploitatie van werken die onder een dergelijke constructie beschikbaar worden gesteld mogelijk te maken zou teruggeslagen kunnen worden op bestaande modellen binnen het collectief rechtenbeheer. Er kan daarbij worden gedacht aan de mogelijke introductie van pan-Europese collectieve licenties waarmee de laatste jaren in toenemende mate is geëxperimenteerd.<sup>130</sup>

118 Deze 'extended collective licences' worden vanwege hun algemeen verbindend karakter vaak gezien als model om het probleem van verweesde werken aan te pakken voor (massa)digitaliseringsprojecten. Zie o.a. European Parliament resolution on 'Europeana - the next steps' 2010, *supra*, voetnoot 20, par. 29; Van Gompel & Hugenholtz 2010, *supra*, voetnoot 7, p. 70; A. Ringnalda, 'Orphan Works, Mass Rights Clearance, and Online Libraries: The Flaws of the Draft Orphan Works Directive and Extended Collective Licensing as a Solution', *Medien und Recht International* 2011, p. 3-10; J. Axhamn en L. Guibault, 'Cross-border extended collective licensing: a solution to online dissemination of Europe's cultural heritage?', onderzoek in opdracht van EuropeanaConnect, Amsterdam: Instituut voor Informatierecht, augustus 2011, <http://bit.ly/oDL-CAd>.

119 Van Eechoud e.a. 2009, *supra*, voetnoot 7, p. 278.

120 Impact Assessment, p. 17-18, 27-29 en 35-38.

121 Mededeling over Auteursrecht in de kenniseconomie 2009, *supra*, voetnoot 19, p. 7.

122 Toelichting bij het richtlijnvoorstel, p. 3.

123 Overweging 18 van de Auteursrecht richtlijn (richtlijn nr. 2001/29/EG, *PbEG* 2001, L 167) bevat een soortgelijke overweging, met dien verstande dat het woord 'bestaande' daarin ook niet voorkomt.

124 Dit zou in strijd zijn met de bevoegdheidsverdeling aan de EU en het subsidiariteitsbeginsel, zoals neergelegd in art. 5 (j<sup>o</sup> art. 4) van het Verdrag betreffende de Europese Unie.

125 D.A. Korteweg & P.B. Hugenholtz (m.m.v. J. Poort), 'Digitalisering van audiovisueel materiaal door erfgoedinstellingen: Modellen voor licenties en vergoedingen', onderzoek in opdracht van Beelden voor de Toekomst/Nederland Kennisland, april 2011, <http://bit.ly/tjfqio>, p. 22.

126 Zie de amendementen 15 en 29 van de ontwerp-resolutie van het Europees Parlement van 27 september 2011, *supra*, voetnoot 24, en overweging 20 van het (gewijzigd) compromisvoorstel van het voorzitterschap, *supra*, voetnoot 25.

127 Zie ook overweging 3 van het (gewijzigd) compromisvoorstel van het voorzitterschap, *supra*, voetnoot 25.

128 'Auteursrecht: Commissie bemiddelt in overeenkomst om meer boeken beschikbaar te stellen die uit de handel zijn', Persbericht van de Europese Commissie, IP/11/1055, Brussel, 20 september 2011.

129 Zie de bijdrage van A.C. Beunen en L. Guibault elders in dit blad.

130 Zie L. Guibault & S.J. van Gompel, 'Collective Management in the European Union', in: D. Gervais (red.), *Collective Management of Copyright and Related Rights (second edition)*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2010, p. 135-167.

## Conclusie

Met het onderhavige richtlijnvoorstel laat de Commissie zien dat zij het probleem van verweesde werken niet alleen serieus neemt, maar het ook aandurft dit onderwerp op de wetgevingsagenda te zetten. Daarvoor mag de Commissie best worden geprezen. Daar waar in de afgelopen jaren menig nationaal wetgevingsinitiatief over verweesde werken strandde, zoals gebeurde in de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk,<sup>131</sup> is de Commissie – in dialoog met rechthebbenden en gebruikers – naar een oplossing voor het probleem blijven zoeken. Dit heeft uiteindelijk geresulteerd in dit richtlijnvoorstel.

Het resultaat is echter onbevredigend. Het voorstel is allereerst beperkt in doelstelling en toepassingsgebied. Hoewel de titel ('bepaalde toegestane gebruikswijzen van verweesde werken') anders doet vermoeden, pakt de Commissie het probleem van verweesde werken niet bij de horens, maar richt het voorstel zich slechts op het aanpakken van dit probleem voor zover het de digitalisering en online beschikbaarstelling van werken in bepaalde culturele instellingen betreft. Andere gebruikers van cultureel materiaal die in de praktijk ook vaak met het probleem van verweesde werken te maken hebben, zoals documentairemakers en andere creatieve hergebruikers, blijven daarmee buiten het toepassingsgebied van de richtlijn.

Een meer serieuze tekortkoming van het richtlijnvoorstel is dat het de problematiek voor culturele instellingen niet echt oplost. Het gekozen model van een zorgvuldige zoektocht (in combinatie met een wederzijdse erkenning van nationale oplossingen) sluit namelijk niet goed aan bij de doelstelling om de digitalisering en online beschikbaarstelling van culturele werken te bevorderen. De meeste culturele instellingen bezitten een enorme collectie van werken. Om die te digitaliseren en online beschikbaar te stellen ligt een collectieve oplossing meer voor de hand dan een oplossing die erfgoedinstellingen verplicht om per individueel werk naar rechthebbenden te zoeken en over een licentie te onderhandelen. Het afsluiten van een collectieve licentie is niet alleen efficiënter, maar zorgt er ook voor dat een belangrijk deel van de voor digitalisering

beschikbare gelden ten goede komt aan rechthebbenden. Dat is anders onder het thans door de Commissie voorgestelde model waarbij de voor digitalisering beschikbare gelden voor het grootste gedeelte lijken op te gaan aan de vereiste zorgvuldige zoektocht. De door het Ministerie van Justitie georganiseerde internetconsultatie, die afgelopen zomer heeft plaatsgehad, wijst uit dat Nederlandse erfgoedinstellingen en rechthebbenden ook meer heil zien in uitgebreide collectieve licenties of in een systeem van zelfregulering waarbij culturele instellingen contracteren met cbo's.<sup>132</sup> Naast of in de plaats van het richtlijnvoorstel moet dus voldoende ruimte blijven voor een model gebaseerd op collectieve licenties.

Tot slot is de uitwerking van het richtlijnvoorstel erg matig. Het laat vooral veel vragen onbeantwoord. Zo is onduidelijk (i) of door naburige rechten beschermd materiaal onder de regeling valt; (ii) in hoeverre bij de zorgvuldige zoektocht mag worden afgegaan op zoekresultaten van andere instellingen; (iii) hoe rechthebbenden een einde kunnen stellen aan de verweesde status van werken; (iv) waar de grens ligt tussen het gebruik van verweesde werken voor taken van openbaar belang en voor taken die daarbuiten vallen; en (v) door wie en op grond van welke criteria de hoogte van de vergoeding van art. 7 lid 1 moet worden vastgesteld. Ook maken sommige bepalingen de regeling praktisch onwerkbaar. Zo is het in de praktijk vaak lastig om vast te stellen of een werk voor het eerst in een lidstaat is gepubliceerd of uitgezonden en dus binnen het toepassingsgebied van de richtlijn valt. Daarnaast heeft de bepaling dat een werk met meer dan één rechthebbende niet als verweesd werk wordt beschouwd indien ten minste één rechthebbende is geïdentificeerd en opgespoord tot gevolg dat een groot aantal werken buiten de regeling valt.

Zolang deze punten niet opgehelderd c.q. beter uitgewerkt worden zal de richtlijn waarschijnlijk niet bereiken wat zij beoogt. Dat zou zonde zijn, niet alleen voor culturele instellingen (en eventueel andere partijen) die gebruik willen maken van een werkbare en effectieve regeling voor verweesde werken, maar ook voor het publiek, dat baat heeft bij een ruime ontsluiting van werken die tot het Europese culturele erfgoed behoren.

<sup>131</sup> In de Verenigde Staten is sinds 2006 een aantal wetsvoorstellen over verweesde werken geïntroduceerd, maar geen van die voorstellen is tot dusver aangenomen. Zie daarover Van Eechoud e.a. 2009, *supra*, voetnoot 7, p. 288-292. In het Verenigd Koninkrijk bevatte de Digital Economy Act 2010 ook een bepaling over verweesde werken (sec. 43), maar die heeft het niet overleefd, mede onder

druk van fotografen. Zie o.a. de 'Stop43'-campagne: <http://www.stop43.org.uk/>.

<sup>132</sup> Vgl. de reacties op de Internetconsultatie richtlijnvoorstel verweesde werken, *supra*, voetnoot 38.

# Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake bepaalde toegestane gebruikswijzen van verweesde werken

## COM (2011) 289 def., Brussel, 24 mei 2011

Het Europees parlement en de Raad van de Europese Unie,

[overwegingen]

hebben de volgende richtlijn vastgesteld:

### *Artikel 1* *Onderwerp en toepassingsgebied*

1. Deze richtlijn betreft bepaalde wijzen waarop gebruikt wordt gemaakt van verweesde werken door voor het publiek toegankelijke bibliotheken, onderwijsinstellingen of musea alsook archieven, instituten voor cinematografisch erfgoed en publieke omroeporganisaties.
2. Deze richtlijn is van toepassing op werken die voor het eerst in een lidstaat zijn gepubliceerd of uitgezonden en die:
  - (1) werken zijn welke in de vorm van een boek, dagblad, krant, tijdschrift of ander geschrift zijn gepubliceerd en opgenomen zijn in de verzamelingen van voor het publiek toegankelijke bibliotheken, onderwijsinstellingen, musea of archieven, of
  - (2) cinematografische of audiovisuele werken zijn welke opgenomen zijn in de verzamelingen van instituten voor cinematografisch erfgoed, of
  - (3) cinematografische, audio- of audiovisuele werken zijn welke vóór 31 december 2002 door publieke omroeporganisaties zijn geproduceerd en opgenomen zijn in hun archieven.

### *Artikel 2* *Verweesde werken*

1. Een werk wordt als een verweesd werk beschouwd indien de rechthebbende van het werk niet is geïdentificeerd, of zelfs indien hij wel is geïdentificeerd, niet is opgespoord nadat overeenkomstig artikel 3 zorgvuldig naar de rechthebbende werd gezocht en de gegevens daarvan zijn opgeslagen.
2. Indien een werk meer dan één rechthebbende heeft, en een van de rechthebbenden is geïdentificeerd en opgespoord, wordt dit werk niet als een verweesd werk beschouwd.

### *Artikel 3* *Zorgvuldig zoeken*

1. Om uit te kunnen maken of een werk een verweesd werk is, zorgen de in artikel 1, lid 1, bedoelde organisaties ervoor dat voor elk werk zorgvuldig gezocht wordt door de gepaste bronnen voor de desbetreffende categorie van werken te raadplegen.
2. De bronnen die voor elke categorie van werken geschikt zijn, wordt door elke lidstaat in overleg met rechthebbenden en gebruikers bepaald, en omvatten de in de bijlage opgesomde bronnen.
3. Het zorgvuldig zoeken dient enkel plaats te vinden in de lidstaat van de eerste publicatie of uitzending.
4. De lidstaten zorgen ervoor dat de resultaten van het zorgvuldig zoeken op hun grondgebied in een voor het publiek toegankelijke databank worden opgeslagen.

### *Artikel 4* *Wederzijdse erkenning van de status van verweesd werk*

Een werk dat overeenkomstig artikel 2 in een lidstaat als een ver-

weesd werk wordt beschouwd, wordt in alle lidstaten als een verweesd werk beschouwd.

### *Artikel 5* *Einde van de status van verweesd werk*

De lidstaten zorgen ervoor dat een rechthebbende van een als verweesd werk beschouwd werk te allen tijde de mogelijkheid heeft een einde te stellen aan de status van verweesd werk.

### *Artikel 6* *Toegestane gebruikswijzen van verweesde werken*

1. De lidstaten zorgen ervoor dat de in artikel 1, lid 1, bedoelde organisaties de toestemming hebben om een verweesd werk op een van de volgende wijzen te gebruiken:
  - (a) beschikbaarstelling van het verweesde werk in de zin van artikel 3 van Richtlijn 2001/29/EG;
  - (b) handelingen van reproductie in de zin van artikel 2 van Richtlijn 2001/29/EG, met als doel het digitaliseren, beschikbaar stellen, indexeren, catalogiseren, behouden of restaureren.
2. Tenzij anders bepaald in artikel 7, mogen de in artikel 1, lid 1, bedoelde organisaties verweesde werken echter niet gebruiken om andere dan hun taken van openbaar belang te vervullen, met name het behouden en restaureren van en het verstrekken van voor culturele en onderwijsdoeleinden bestemde toegang tot werken die in hun verzamelingen zijn opgenomen.
3. Deze richtlijn doet geen afbreuk aan de contractvrijheid van dergelijke organisaties bij het vervullen van hun taken van openbaar belang.
4. De lidstaten zorgen ervoor dat de in artikel 1, lid 1, bedoelde organisaties, indien zij overeenkomstig lid 1 verweesde werken gebruiken, gegevens bijhouden van het zorgvuldig zoeken alsook van voor het publiek toegankelijke gebruikswijzen.

### *Artikel 7* *Toegestane gebruikswijzen van verweesde werken*

1. De lidstaten kunnen de in artikel 1, lid 1, bedoelde organisaties toestaan een verweesd werk te gebruiken voor andere dan de in artikel 6, lid 2, bedoelde doeleinden, op voorwaarde dat:
  - (2) de in artikel 1, lid 1, bedoelde organisaties gegevens bijhouden van het zorgvuldig zoeken dat zij hebben verricht;
  - (3) de organisaties voor het publiek toegankelijke gegevens bijhouden van het gebruik dat zij maken van verweesde werken;
  - (4) in geval van een verweesd werk waarvan de rechthebbende is geïdentificeerd maar niet is opgespoord, de naam van de rechthebbende in elk gebruik van het werk wordt aangegeven;
  - (5) rechthebbenden die in de zin van artikel 5 een einde stellen aan de status van het werk als verweesd werk, door de in artikel 1, lid 1, bedoelde organisaties worden vergoed voor het gebruik dat van het werk is gemaakt;
  - (6) rechthebbenden hun vergoeding onder punt 4) kunnen claimen binnen een termijn die door de lidstaten wordt vastgesteld en die niet korter mag zijn dan vijf jaar vanaf de datum van de handeling waarop de claim is gebaseerd.
2. De lidstaten kunnen de middelen kiezen voor het toestaan van het gebruik in de zin van het eerste lid en kunnen vrij beslissen

over het gebruik van alle niet geclaimde inkomsten na afloop van de overeenkomstig lid 1, onder 5), vastgestelde termijn.

#### Artikel 8

##### Verdere toepassing van andere wettelijke bepalingen

Deze richtlijn doet geen afbreuk aan bepalingen betreffende met name octrooirechten, handelsmerken, rechten inzake tekeningen of modellen, gebruiksmodellen, topografieën van halfgeleiderproducten, lettertypes, voorwaardelijke toegang, toegang tot de kabels van omroepdiensten, de bescherming van nationaal bezit, vereisten inzake wettelijk depot, beperkende praktijken en oneerlijke concurrentie, handelsgeheimen, veiligheid, vertrouwelijkheid, gegevensbescherming en persoonlijke levenssfeer, toegang tot overheidsdocumenten en het overeenkomstenrecht.

#### Artikel 9

##### Toepassing in de tijd

1. De bepalingen van deze richtlijn zijn van toepassing op alle in artikel 1 bedoelde werken die op [datum van omzetting] door de wetgeving van de lidstaten inzake auteursrecht worden beschermd.

2. Deze richtlijn laat alle vóór [datum van omzetting] verrichte handelingen en verkregen rechten onverlet.

#### Artikel 10

##### Omzetting

1. De lidstaten doen de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking treden om uiterlijk op [...] aan deze richtlijn te voldoen. Zij delen de Commissie de tekst van die bepalingen onverwijld mede, alsmede een tabel ter weergave van het verband tussen die bepalingen en deze richtlijn. Wanneer de lidstaten deze bepalingen aannemen, wordt in die bepalingen zelf of bij de officiële bekendmaking ervan naar deze richtlijn verwezen. De regels voor die verwijzing worden vastgesteld door de lidstaten.

2. De lidstaten delen de Commissie de tekst van de belangrijkste bepalingen van intern recht mede die zij op het onder deze richtlijn vallende gebied vaststellen.

#### Artikel 11

##### Herzieningsclausule

De Commissie ziet nauwlettend toe op de ontwikkeling van de informatiebronnen over rechten en dient uiterlijk een jaar na de inwerkingtreding van deze richtlijn, en daarna jaarlijks, een verslag in betreffende de mogelijke opname in het toepassingsgebied van deze richtlijn van werken die of andere beschermd materiaal dat er momenteel niet onder val(t)(len), met name fonogrammen en losstaande foto's en andere beelden.

Tegen [een jaar na het verstrijken van de omzettingstermijn] dient de Commissie bij het Europees Parlement, de Raad en het Economisch en Sociaal Comité een verslag in over de toepassing van deze richtlijn in het licht van de ontwikkeling van digitale bibliotheken.

Indien nodig, in het bijzonder met het oog op de goede werking van de interne markt, dient de Commissie voorstellen tot wijziging van deze richtlijn in.

#### Artikel 12

##### Inwerkingtreding

Deze richtlijn treedt in werking op de dag na die van de bekendmaking ervan in het *Publicatieblad van de Europese Unie*.

#### Artikel 13

Deze richtlijn is gericht tot de lidstaten.

## BIJLAGE

De in artikel 3, lid 2, bedoelde bronnen zijn de volgende:

(1) Voor gepubliceerde boeken:

- het wettelijk depot;
- bestaande databanken en registers, met inbegrip van ARROW (beschikbare registers van informatie over rechten en verweerde werken)<sup>1</sup> en WATCH (schrijvers, artiesten en hun houders van auteursrechten)<sup>2</sup> en het ISBN (internationaal standaardboeknummer)<sup>3</sup>;
- de databanken van de desbetreffende maatschappijen voor collectief auteursrechtenbeheer, organisaties die reproductierechten beheren in het bijzonder.

(2) Voor dagbladen en tijdschriften:

- de ISSN (internationaal standaardnummer voor seriële publicaties)<sup>4</sup> voor periodieke publicaties;
- indexen en catalogussen van bibliotheekcollecties en verzamelingen.

(3) Voor kranten en tijdschriften:

- de vereniging van uitgevers in het betrokken land en de verenigingen van auteurs en journalisten;
- het wettelijk depot;
- de databanken van de desbetreffende maatschappij voor collectief auteursrechtenbeheer, organisaties die reproductierechten beheren in het bijzonder.

(4) Voor visuele werken, met inbegrip van kunstvoorwerpen, fotografie, illustraties, vormgeving, architectuur, schetsen van de laatste werken en andere die opgenomen zijn in boeken, dagbladen, kranten en tijdschriften:

- de in de punten 1), 2) en 3) bedoelde bronnen;
- de databanken van de desbetreffende maatschappijen voor collectief auteursrechtenbeheer, voor visuele kunsten in het bijzonder en met inbegrip van organisaties die reproductierechten beheren;
- waar van toepassing, de databanken van fotoagentschappen.

(5) Voor audiovisuele werken die zijn opgenomen in de verzamelingen van instituten voor cinematografisch erfgoed en publieke omroeporganisaties:

- het wettelijk depot;
- databanken van instituten voor cinematografisch erfgoed en nationale bibliotheken;
- databanken met desbetreffende standaarden en identificatiecodes zoals ISAN voor audiovisueel materiaal<sup>5</sup>;
- de databanken van de desbetreffende maatschappijen voor collectief auteursrechtenbeheer, in het bijzonder voor auteurs, uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen en audiovisuele producenten.

1 ARROW (Accessible Registries of Rights Information and Orphan Works): <http://www.arrow-net.eu>.

2 WATCH (Writers, Artists and Their Copyright Holders): <http://www.watch-file.com>.

3 SBN (International Standard Book Number): <http://www.isbn-international.org>.

4 ISSN (International Standard Serial Number): <http://www.issn.org>.

5 ISAN (International Standard Audiovisual Number): <http://www.isan.org>.